This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Germany

2239
(14)
AUG 22

Zur Lehre

vom

kaufmännischen Commissionsgeschäfte.

Nach

Deutschem gemeinen, Oesterreichischem und Preußischem Rechte.

Von

C. C. E. Hiersemenzel.

Leipzig,
Reichenbach'sche Buchhandlung.
1859.

Zur Lehre

vom

kaufmännischen Commissionsgeschäfte.

Nach

Deutschem gemeinen, Oesterreichischem und Preußischem Rechte.

Von

Carl Christian Eduard Hiersemenzel.

Leipzig,

Reichenbach'sche Buchhandlung.

1859.

For TX
H

MAY 12 1921

Vorwort.

Die Aufgabe des Geſetzgebers, die Vernunft der Verhältniſſe zu erkennen und ihr durch ſeinen Ausſpruch einen concreten Ausdruck zu verleihen, iſt nicht ſelten auch die Aufgabe des Richters, nämlich dann, wenn die vorhandenen Geſetze es zweifelhaft laſſen, unter welchem juriſtiſchen Geſichtspunkte ein beſtimmtes Rechtsverhältniß zu betrachten iſt. Es will uns nun bedünken, daß dieſer Aufgabe eben nicht ſonderlich entſprochen wird, wenn unter den Geſichtspunkt des Mandates, deſſen Eigenthümlichkeiten gerade in dem bei ihm vorwaltenden beſondern Vertrauen und der dem Letzteren entſprechenden Pflicht zu einer beſonderen Treue ihren Grund haben, Rechtsverhältniſſe gebracht werden, in welchen von jenem beſonderen Vertrauen gar keine Rede iſt und bei deren Eingehung jeder Theil unzweifelhaft auf keine andere Eigenſchaft als die Solvenz ſeines Mitcontrahenten geſehen hat. Zu den Rechtsverhältniſſen der letztern Art gehören häufig genug — wenn gleich nicht immer — die durch eine ſog. kaufmänniſche Commiſſion begründeten und dennoch wird alles, was kaufmänniſche Commiſſion heißt, von den meiſten Gerichtshöfen ſchlechthin nach den Grundſätzen des Mandates behandelt. Durch dieſe Wahrnehmung, für welche unſeres Erachtens der im zweiten Theile der gegenwärtigen Schrift erörterte Rechtsfall einen guten Belag bietet, fühlten wir uns aufgefordert, die Natur der ſog. kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte im Hinblick auf diejenigen

Rechte, welche in Deutschland das größeste Gebiet beherrschen, und auf die Entwürfe eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs einer neuen Besprechung zu unterwerfen. Wir suchten das uns hierbei gesteckte Ziel theils in entwickelnder, theils in kritisirender Weise zu erreichen. Weit entfernt, unsere Ansichten für irrthumsfrei zu halten, nehmen wir für unsere Schrift kein anderes als das Lob in Anspruch, daß es uns um die Lösung unserer Aufgabe Ernst gewesen ist.

Berlin, im October 1858.

Der Verfasser.

Erſter Theil.

Theorie des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes.

Erſtes Capitel.

Literatur.

Das kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft behandeln:

A. vom Standpunkte des Deutſchen gemeinen Rechts*):

*Roth, diss. de commerciis institoriis vulgo Faktorei oder Commiſſionshandlung. Jenae 1682, ed. 2. 1766.

*Mettingh, diss. de mercibus in commiss. datis, von Commiſſionswaaren. Gissae 1766, ed. 2. 1782.

*Riccius, de mercibus in commiss. datis, quae „Commiſſionswaaren" nuncupantur. In exerc. jur. camb. XI. Gött. 1781. sect. II. p. 24 sq.

*Püttmann, de negotiis quae procurat. nomine exercentur, in miscellan ad jus pertin. spec. 9. Lipsiae 1786 und miscell. lib. sing. Lipsiae 1793. p. 170 sq.

Büſch, Darſtellung der Handlung. 3. Aufl. Hamb. 1824. Th. 1. S. 151, 197 ff. Th. 2. S. 281 ff.

*Breuls, diss. de contractu commissionis ad merces coemendas datae. Gött. 1800.

*Heumann, de procuratoria mercatura. 1807.

v. Martens, Grundriß des Handelsrechts. 3. Aufl. Göttingen 1820. §. 18.

Bender, Grundſätze des Deutſchen Handlungsrechts. Darmſtadt 1824. Bd. 1. §. 91 ff.

Pöhls, Darſtellung des gemeinen Deutſchen und des Hamburgiſchen Handlungsrechts. Hamburg 1828. Bd. 1. §. 110 ff.

Faber, diss. de mercatura procuratoria. Tübing. 1829.

Treitſchke, Rechtsgrundſätze vom Commiſſionshandel. Leipzig 1839.

Wilda, Commiſſionshandel, im Rechtslexicon. 1840. Bd. 2. S. 707 ff.

Phillips, Grundſätze des gemeinen Deutſchen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1846. Bd. 2. §. 283.

Morſtadt, Commentar über das Handelsrecht Deutſchlands und Frankreichs. Heidelberg 1849. Th. 1. §. 18.

Mittermaier, Grundſätze des gem. Deutſchen Privatrechts mit Einſchluß des Handels- ꝛc. Rechts. 6. Aufl. Regensburg 1843. Bd. 2. §§. 551, 552. 7. Aufl. 1847. Bd. 2. ibid.

*) Die mit einem Sternchen bezeichneten Schriften waren uns nicht zugänglich.

Maurenbrecher, Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen Deutschen Privatrechtes. 2. Aufl. Bonn 1855. Bd. 2. §§. 404—406.

v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts. 6. Aufl. Jena 1858. §. 199.

Zimmermann, Ueber die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens. In Bolgt's N. Arch. für Handelsrecht. Bd. 1. Heft 1. S. 48 ff. Hamburg 1858.

Endemann, Der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuches in seinen drei ersten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen. S. 132 ff. Erlangen 1858.

(Keine Ausbeute gewährt: **Brinckmann**, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1852. **Thöl**, Das Handelsrecht. 3. Aufl. Göttingen 1854. **Eichhorn**, Einleitung in das Deutsche Privatrecht. 5. Aufl. Göttingen 1845. **Goldschmidt's** Kritik des preuß. Entw. in Dernburg's Krit. Zeitschr. Jahrg. 1857.)

B. vom Standpunkte des Oesterreichischen Rechts.

v. Sonnleithner, Lehrbuch des Oesterreichischen Handels- und Wechselrechts. Wien 1832. §§. 318—325.

Ellinger, Fischer's Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts. 3. Aufl. Wien 1848. §§. 198—210.

(Keine Ausbeute gewähren die im Jahre 1858 bis Ende August in der Allg. Oesterr. Gerichtszeitung erschienenen Aufsätze über den Entwurf des Deutschen Handelsgesetzbuchs.)

C. vom Standpunkte des Preußischen Rechts.

Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts. 1. Aufl. Berlin 1845. 3 Aufl. Berlin 1857. Bd. 1. §. 405. (Vergl. auch dessen Recht der Ford. 1. Aufl. Bd. 1. S. 502 ff.)

Hiersemenzel, Preußisches Handelsrecht. Berlin 1856. S. 50—56. (Enthält namentlich eine Zusammenstellung der einschlagenden Ober-Tribunals-Entscheidungen.)

Fischer, Preußens kaufmännisches Recht. Breslau 1856. §. 137. (Handelt nur von der Provision.)

Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht. Berlin 1852. Heft 2. S. 91 ff. (Behandelt das Pfandrecht des Commissionärs am Commissionsgute.)

Zweites Capitel.

Begriff und Natur des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfts.

§. 1.

In der neuern Rechtswiſſenſchaft wird häufig von dem kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte als von einem beſonderen, eigenthümlichen Rechtsinſtitute geſprochen *). Ein Rechtsgeſchäft kann aber nur in zwei Fällen auf den Charakter der Beſonderheit Anſpruch machen: erſtens dann, wenn es von dem promulgirten oder Gewohnheitsrechte aus der Reihe der übrigen Rechtsgeſchäfte herausgehoben und unter beſondere Regeln geſtellt worden iſt; zweitens dann, wenn es zwar eine ſolche Auszeichnung nicht erfahren hat, jedoch ſeiner innern und äußern Geſtalt nach unter keines der beſonders benannten Rechtsgeſchäfte ſich ſubſumiren läßt und auch die allgemeinen Regeln über Rechtsgeſchäfte für daſſelbe nicht ausreichen oder mit ſeinem Weſen in Widerſpruch gerathen.

Sehen wir zu, ob bei dem kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte der erſte Fall vorliegt.

Was das gemeine deutſche Recht betrifft, ſo wird von dem jus scriptum das kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft nicht beſonders hervorgehoben. Allerdings ſoll der Handelsgebrauch beſondere Regeln für daſſelbe eingeführt haben; dieſe Regeln ſind jedoch —

*) So namentlich von Gelpcke in ſeiner Zeitſchrift für Handelsrecht. Heft 2. S. 91 ff.

wie in den folgenden §§. gezeigt werden wird — so bestritten, daß an der Richtigkeit der Behauptung, der Handelsgebrauch habe unser Rechtsgeschäft zu einem eigenthümlichen Institute umgestaltet, billig gezweifelt werden muß.

Anlangend das Oesterreichische und Preußische Recht, so ist die oben aufgeworfene Frage entschieden zu verneinen; denn wenn auch im Preußischen Rechte einzelne besondere Bestimmungen für kaufmännische Commissionäre vorhanden sind, z. B. in Betreff der Provision, des Lagergeldes, des Pfandrechtes am Commissionsgute*), so sind diese dürftigen Bestimmungen, welche sich gleich denen des code de commerce „von den Commissionären überhaupt" (Art. 92—95) als bloße kaufmännische Privilegien charakterisiren, doch offenbar nicht geeignet, das kaufmännische Commissionsgeschäft als ein vom Gesetze besonders ausgezeichnetes, von allen übrigen Rechtsgeschäften wesentlich verschiedenes Rechtsinstitut erscheinen zu lassen. Es fragt sich nun, ob bei dem kaufmännischen Commissionsgeschäfte der zweite der oben gedachten Fälle zutrifft.

Wer gleich uns von der Ueberzeugung durchdrungen ist, daß bei einem so ausgebildeten Obligationen-System, wie das unsrige, der zweite Fall überhaupt nur äußerst selten vorkommen wird, muß wohl Bedenken tragen, ohne die reiflichste Prüfung jene Frage zu bejahen. Zu einer solchen reiflichen Prüfung ist aber zunächst ein Eingehen auf den Begriff des kaufmännischen Commissionsgeschäftes unumgänglich erforderlich.

§. 2.

Weder im Deutschen gemeinen, noch im Oesterreichischen oder Preußischen Rechte ist der Begriff des kaufmännischen Commissionsgeschäftes gesetzlich bestimmt; eben weil diesem Geschäfte

*) Vgl. §§. 698—701, II, 8. A. L.-R. §. 33. Nr. 8. der Conc.-Ord. v. 8. Mai 1855.

keine besondere, eigenthümliche Natur von dem geschriebenen Rechte beigelegt wird. Derselbe kann daher nur aus der Wissenschaft geschöpft werden. Diese Quelle fließt aber gerade hier sehr trübe. Die verschiedenen Schriftsteller grenzen den Begriff des kaufmännischen Commissionsgeschäftes sehr verschieden ab; stellen bald mehr bald weniger Requisite für denselben auf. Wir wollen sämmtliche Requisite, die wir vorgefunden haben, hier aneinanderreihen. Es wird verlangt:

a) daß ein Auftrag, für fremde Rechnung zu kaufen oder zu verkaufen, ertheilt sei.

Dies nicht die geringste Eigenthümlichkeit enthaltende Erforderniß wird natürlich von Allen anerkannt; zu bemerken ist nur, daß diejenigen, welche nicht das kaufmännische Commissionsgeschäft im engern Sinne, die kaufmännische Ein- und Verkaufscommission, sondern das kaufmännische Commissionsgeschäft im weitesten Verstande definiren, einen Auftrag erfordern, für fremde Rechnung „ein Geschäft" abzuschließen.

b) daß der zu kaufende oder zu verkaufende Gegenstand eine Waare sei.

Auch dies Requisit wird allgemein aufgestellt, jedoch von denen, welche das kaufmännische Commissionsgeschäft im weitesten Sinne behandeln, dahin formulirt,

daß das abzuschließende Geschäft ein „Handelsgeschäft" sein müsse.

Da das kaufmännische Commissionsgeschäft im engern Verstande vorzugsweise diesen Namen führt (vergl. Treitschke §. 1; Ellinger §. 198; v. Gerber § 199), ja von Manchen sogar allein als wirkliches kaufmännisches Commissionsgeschäft bezeichnet wird (vergl. z. B. Maurenbrecher §. 404. Anm. 2), so werden wir im weitern Verlaufe unserer Abhandlung auch immer nur das kaufmännische Commissionsgeschäft im engern Sinne vor Augen haben und zum Gegenstande der Besprechung

machen. Es scheint dies um so mehr gerechtfertigt, als, wenn man eine wesentliche Verschiedenheit desselben von dem kaufmännischen Commissionsgeschäft im weitern Sinne nicht anerkennt, die Anwendung von dem, was über die Ein- und Verkaufscommission gesagt wird, auf die übrigen Arten der unter dem Commissionshandel im weitesten Sinne begriffenen Commissionen sehr leicht zu machen ist.

Es wird ferner verlangt,

c) daß die Besorgung des aufgetragenen Geschäfts gegen Entgeld erfolge.

Nur Wenige bestimmen dies Requisit näher dahin, daß eine Provision verabredet sein müsse (vergl. z. B. v. Sonnleithner §. 318).

Manche fordern nur, daß die Provision entweder verabredet oder ortsüblich sei (vergl. z. B. Bender §. 91; v. Gerber §. 199).

Die Meisten nehmen an, daß sich die Provision beim Vorhandensein der übrigen Erfordernisse stets von selbst verstehe, daß also blos nicht Unentgeldlichkeit der Geschäftsbesorgung ausbedungen werden dürfe (vergl. z. B. Wilda S. 712. Nr. V; Pöhls §. 115; Treitschke §. 3; Ellinger §. 203; Mittermaier §. 551). Das Preuß. Recht schreibt ausdrücklich vor, daß Kaufleute, welche kaufmännische Geschäfte für Andere (auch Nichtkaufleute) besorgen, selbst ohne Verabredung Provision zu fordern befugt sind (§. 698, II, 8. L.-R.).

d) daß der Auftraggeber an einem andern Orte als der Auftragnehmer wohne.

Dies Requisit wird jedoch nur von den Wenigsten geltend gemacht (vergl. Pöhls §. 110; Bender §. 91).

e) daß der Auftraggeber ein Kaufmann sei.

Auch dies Requisit wird nur von Wenigen als solches anerkannt (vergl. Pöhls §. 110; Bender §. 91).

f) daß der Auftragnehmer ein Kaufmann sei, oder doch die Geschäftsbesorgung vermöge seines regelmäßigen Berufes übernehme.

Dies Requisit wird zwar von Einzelnen ausdrücklich aufgestellt (vergl. z. B. Mittermaier §. 551) oder stillschweigend vorausgesetzt (vergl. z. B. Maurenbrecher §. 404); keineswegs jedoch allseitig festgehalten (vergl. z. B. Treitschke §. 4; Ellinger §. 198; Bender §. 91).

Mit der Frage: ob zum Begriffe des kaufmännischen Commissionsgeschäfts als eines eigenthümlichen, mit besondern Wirkungen ausgestatteten Rechtsgeschäfts die Kaufmanns-Eigenschaft des Commissionärs erforderlich sei, ist übrigens die Frage nicht zu verwechseln: wer kaufmännische Commissionen übernehmen dürfe. Es ist an sich möglich, daß Jemand, obgleich er nicht Kaufmann ist, zu einer solchen Uebernahme befugt und die von ihm übernommene Commission dennoch nicht nach den Regeln des kaufmännischen Commissionsgeschäftes zu beurtheilen ist. Umgekehrt ist es denkbar, daß Jemand, weil er nicht-Kaufmann ist, kaufmännische Commissionen nicht übernehmen darf und daß die trotzdem übernommene Commission doch nach den Regeln des kaufmännischen Commissionsgeschäftes beurtheilt werden muß.

g) daß der Auftragnehmer nicht blos eine einzelne Commission von dem Auftraggeber erhalten, sondern für diesen gewerbsmäßig Ein- oder Verkäufe vorzunehmen habe.

Dies Requisit wird von äußerst Wenigen behauptet (vergl. v. Gerber §. 199, insbes. Anm. 2).

h) daß der Auftragnehmer das aufgetragene Geschäft in seinem eigenen Namen (nicht in dem des Auftraggebers) abschließe.

Dies von Einigen (vergl. z. B. Treitschke §. 1; Maurenbrecher §. 405) so sehr betonte Erforderniß wird von Andern mit

Stillſchweigen übergangen oder geradezu abgeleugnet*). (Vergl. z. B. Mittermaier §. 551.)

Der Preuß. Entwurf eines Handelsgeſetzbuchs (vgl. Cap. 4) verwirft die Requiſite zu d und e gänzlich und läßt auch das zu g nicht als ein unbedingtes Erforderniß gelten. Art. 277, 295.

Wie es der Preuß. Entwurf mit dem Requiſit zu c hält, iſt nicht ganz klar. Für den Fall, daß der Auftragnehmer „gewerbmäßig" Commiſſionsgeſchäfte macht, gedenkt der Entwurf (Art. 277) einer Proviſion oder Belohnung nicht und die Motive bemerken: „unnöthig ſchien es, beſonders hervorzuheben, daß die Ausführung des Auftrags „„gegen Proviſion"" erfolgt; einestheils liegt dies ſchon in dem Begriffe des gewerbmäßigen Betriebes, anderntheils folgt es ganz von ſelbſt aus der allgemeinen Vorſchrift des Art. 227" **).

Für den Fall dagegen, daß der Auftragnehmer nicht gewerbmäßig Commiſſionsgeſchäfte macht, verlangt der Entwurf, daß die Ausführung „gegen Bezahlung" erfolge. (Art. 295.) Die Willensmeinung des Entwurfs iſt hiernach in Betreff des Requiſits zu c wohl die:

zum Begriffe des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes iſt zwar das Verſprechen einer Proviſion oder Belohnung nicht

---

*) Manche ſagen nur: es ſei ein Kennzeichen des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfts, daß der Commiſſionär mit dem Dritten in eigenem Namen abzuſchließen „pflege". Vergl. z. B. Faber p. 20: „commiss. autem non nisi suo nomine pro committente mercaturam exercere solet."

**) Art. 227 lautet:

„Ein Kaufmann, welcher durch Ausübung ſeines Handelsgewerbes einem Kaufmann oder Nichtkaufmann Geſchäfte beſorgt oder Dienſte leiſtet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung ortsübliche Proviſion, und, wenn es ſich um Lagergeld handelt, zugleich auch Lagergeld nach den am Orte gewöhnlichen Sätzen fordern.

Von den Vorſchüſſen, welche ein Kaufmann bei Gelegenheit eines demſelben ertheilten Auftrages macht, iſt er vom Tage der Verwendung Zinſen zu fordern berechtigt."

erforderlich; es darf aber auch nicht ausgemacht sein, daß die Geschäftsbesorgung unentgeldlich erfolgen solle; sonst scheidet das Geschäft aus der Kategorie der kaufmännischen Commissionsgeschäfte aus.

Der revidirte Entwurf eines Oesterreichischen Handelsrechts (vergl. Cap. 4) weicht in Bezug auf die Requisite des kaufmännischen Commissionsgeschäftes von dem Preuß. Entwurfe nur darin ab, daß er des Requisites sub c. gar nicht gedenkt und sub f. statt „Kaufmann" das Wort „Handelsmann" gebraucht.

Der Nürnberger Entwurf erster Lesung (vergl. Cap. 4.) verwirft die Requisite sub c bis g. gänzlich; der Nürnberger Entwurf zweiter Lesung (vergl. Cap. 4) weicht von dem erster Lesung insofern ab, als er verlangt,

daß der Auftragnehmer entweder gewerbemäßig Commissionsgeschäfte mache (Art. 337) oder doch wenigstens ein Kaufmann sei. (Art. 355.)

§. 3.

Wir sehen aus dem im §. 2 Bemerkten, daß weder in der gelehrten noch in der Handelswelt (letztere hat ja an den Handelsrechtsentwürfen Theil) die äußere Beschaffenheit jenes Dinges, dessen Subsumtion unter diese oder jene Gattung von Rechtsgeschäften nach der Behauptung Vieler so große Schwierigkeiten machen soll, irgendwie feststeht.

Schon diese Wahrnehmung ist geeignet, an der Richtigkeit der Behauptung: das kaufmännische Commissionsgeschäft sei ein eigenthümliches Rechtsgeschäft im Sinne der zweiten Alternative (§. 1), sehr erhebliche Zweifel zu erzeugen. Diese Zweifel werden aber noch vermehrt durch folgende Betrachtung.

Zu einem eigenthümlichen Rechtsgeschäft der zweiten Art, welches den analysirenden und subsumirenden juristischen Verstand so zu sagen zur Verzweiflung bringt, kann ein Rechtsgeschäft

immer nur durch die eigenthümlichen Verabredungen, welche von den Contrahenten getroffen worden ſind, niemals aber durch bloße Aeußerlichkeiten werden. Das kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft charakteriſirt ſich aber als ſolches durch gar keine eigenthümlichen Abreden, vielmehr lediglich durch die äußere Qualität des Objektes des zu beſorgenden Geſchäftes ſowie durch die äußere Qualität beider oder eines der Contrahenten, und endlich dadurch, daß der Commiſſionär das aufgetragene Geſchäft in eigenem Namen abſchließt. Dies letzte Moment, welches auf den erſten Anblick noch am meiſten geeignet ſcheinen mag, dem kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäft einen eigenthümlichen Anſtrich zu geben, iſt bei näherer Betrachtung ebenſowenig, wie die übrigen Momente, im Stande, juriſtiſche Schwierigkeiten zu bereiten. Im Römiſchen Rechte — unbeſtritten wenigſtens im älteren — war es ſogar nothwendig, daß der Mandatar im eigenen Namen mit dem Dritten contrahirte; ein derartiger Fall kann daher doch heutzutage nicht als etwas Eigenthümliches, Neues, eine beſondere juriſtiſche Behandlung Erforderndes ausgegeben werden. Im höchſten Grade befremdend und dem juriſtiſchen Sinne widerſtrebend endlich iſt es, daß nicht etwa die zwiſchen den Parteien getroffene Verabredung: der Commiſſionär ſolle im eigenen Namen mit dem Dritten contrahiren, ſondern vielmehr nur die negative Thatſache, daß keine entgegengeſetzte Abrede vorhanden, und der Umſtand, daß der Commiſſionär das aufgetragene Geſchäft im eigenen Namen abzuſchließen beliebt hat, das Commiſſionsgeſchäft zu einem eigenthümlichen Rechtsgeſchäfte ſtempeln ſoll. Es würde alſo der Machtgeber, welcher ſich nicht geäußert hat, in weſſen Namen der Commiſſionär contrahiren möge, ſo lange das aufgetragene Geſchäft nicht abgeſchloſſen iſt, darüber in Ungewißheit ſchweben, ob nach ausgeführtem Auftrage die Regeln dieſes oder jenes Rechtsverhältniſſes auf ſeine Rechte und Verbindlichkeiten gegen den Commiſſionär Anwendung finden werden, und es würde

lediglich in der Macht des Letzteren stehen, seinem Verhältnisse zum Committenten den Charakter eines gewöhnlichen Mandates oder eines eigenthümlichen Rechtsgeschäftes zu geben!

Alle diese Gründe sprechen gegen die Behauptung, daß das kaufmännische Commissionsgeschäft ein eigenthümliches, besonderer Regeln bedürftiges Institut sei.

Fassen wir ein kaufmännisches Commissionsgeschäft, welches alle im §. 2 angegebenen Requisite in sich vereinigt, also etwa folgenden Fall in's Auge:

> Der zu Y. wohnende Kaufmann A. hat einen ihm von dem zu Z. wohnhaften Kaufmann B. unter dem Versprechen einer Provision ertheilten Auftrag, für Rechnung des B. eine bestimmte Quantität Waaren einzukaufen, gewerbsmäßig dergestalt ausgeführt, daß er diese Quantität Waaren in eigenem Namen eingekauft hat;

so ist in der That vom rein juristischen Standpunkte aus nicht abzusehen, warum dieses Geschäft sich nicht unter den Begriff des gewöhnlichen Mandates sollte subsumiren lassen und welche juristische Schwierigkeiten sich der Anwendung der Regeln vom gewöhnlichen Mandate auf das soeben detaillirte Rechtsgeschäft entgegenstellen möchten *).

---

*) Auch Endemann S. 134. bemerkt: Der Grund, weshalb die kaufmännische Commission als ein besonderes Rechtsverhältniß im Handelsverkehre dargestellt werde, sei nicht darin zu suchen, daß wirklich eine unter dem Mandate nicht zu erledigende Gestaltung des Rechts vorliege. Er findet diesen Grund vielmehr darin, daß einzelne Regeln des Mandats sich als unsicher und unzureichend dem Bedürfnisse des Lebens gegenüber erwiesen hätten. Das gemeine Recht habe namentlich die Frage, wie der Mandatar zu dem Dritten gestellt sei, nicht dem entsprechend erörtert; die subtilen Distinctionen und deren Gefolge von Controversen rechtfertigten es daher vollkommen, diesen Punkt für den Handelsverkehr in's Klare zu setzen. Wir meinen, daß der gedachte Umstand allerdings den Wunsch nach einem Allgemeinen Deutschen bürgerlichen Gesetzbuche, nicht aber die Schöpfung eines besondern kaufmännischen Commissionsgeschäftes zu rechtfertigen im Stande ist.

Allerdings herrscht im heutigen gemeinen Rechte darüber Streit: ob ein Mandat, ohne in ein anderes Rechtsgeschäft überzugehen, gegen Entgeld übernommen werden kann; dieser Streit darf jedoch in Bezug auf das kaufmännische Commissionsgeschäft als dahin geschlichtet angesehen werden, daß dasselbe durch das Versprechen einer Provision seiner Mandatsnatur nicht beraubt wird.*) Auch ist eine consequente Anwendung der gemeinrechtlichen Regeln vom Mandat auf das kaufmännische Commissionsgeschäft, wie uns Treitschke gezeigt hat, sehr wohl möglich.

Nach Oesterreichischem und Preußischem Recht bietet die Behandlung des zur Erörterung stehenden Rechtsgeschäftes aus dem Gesichtspunkte des Mandats vollends gar keine juristischen Schwierigkeiten dar, da beide Rechte auch ein entgeldliches Mandat kennen.

(Vergl. Art. 1004. Tit. 2. Ö. B. G.-B. §. 74, I, 13. Allg. L.-R.)

Das kaufmännische Commissionsgeschäft könnte daher höchstens im spezifischen Interesse des Handelsverkehrs als ein eigenthümliches, besondere gesetzliche Vorschriften erheischendes Institut zu betrachten sein, die Anwendung der Regeln des gewöhnlichen Mandats auf dasselbe könnte höchstens aus Nützlichkeits- (nicht aus juristischen) Gründen unstatthaft erscheinen. Allein auch dies muß bestritten werden. Schon der Umstand, daß die Theorie im Allgemeinen es nicht als ein Erforderniß des kaufmännischen Commissionsgeschäftes hinstellt, daß wenigstens der Auftragnehmer wirklich ein Kaufmann sei, und auch der Nürnberger Entwurf erster Lesung ein solches Requisit nicht kennt (vergl. §. 2. a. E.), enthält gewissermaßen das stillschweigende Anerkenntniß, daß die Interessen der Handelswelt mit denen der übrigen Bevölkerung in Bezug

*) Vergl. Treitschke S. 5 ff. Wilda S. 711. Pöhls S. 250. Mittermaier §. 551.

auf das Commiſſionsgeſchäft conform ſind. Allerdings hört man den Handelsſtand häufig klagen, daß die Theorie vom kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte oft mit der kaufmänniſchen Sitte in Conflict gerathe und daß die conſequente Anwendung der Regeln vom Mandat auf das erſtgedachte Geſchäft Inconvenienzen für den Geſchäftsverkehr herbeiführe, die Beweglichkeit und Sicherheit des Handelsbetriebes gleichmäßig gefährde. Dieſe Klagen haben jedoch einen eigenthümlichen Grund, der unſeres Wiſſens bisher nicht als ſolcher hervorgehoben worden iſt und den wir im folgenden §. beſprechen wollen.

§. 4.

Der Handelsſtand pflegt ſich der Beobachtung einer gewiſſen Kürze und Beſtimmtheit bei Abſchluß ſeiner Rechtsgeſchäfte zu rühmen. Wir können in dies Lob nicht einſtimmen. Nach unſeren Wahrnehmungen hält er in der Regel Unvollſtändigkeit für Kürze und eine Menge vager Ausdrücke für beſonders bezeichnend. Daneben geht ſeine Neigung dahin, ſeine Rechtsgeſchäfte möglichſt formlos abzuſchließen oder ihnen eigenthümliche Hüllen zu geben. So pflegt der Handelsſtand in das Kleid eines Auftrags nicht nur das wirkliche Mandat, ſondern auch den Trödelvertrag (contractus aestimatorius) und bisweilen ſogar den eigentlichen Properhandel*) zu hüllen. Es iſt deshalb oft ſehr ſchwierig, zu unterſcheiden, was für ein Geſchäft die Parteien im Sinne gehabt haben. Dieſe Interpretationsfrage rein factiſcher Natur, nicht das Weſen des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes iſt das, was Schwierigkeiten verurſacht.

Wir wollen dieſen Ausſpruch an Beiſpielen erläutern.

---

*) Zwiſchen dem eigentlichen Properhandel und dem wirklichen Commiſſionsgeſchäft ſteht der Trödelvertrag gewiſſermaßen mitten inne.

Erſtes Beiſpiel. Der Fabrikant Müller zu Berlin wünſcht auch in Stettin eine Niederlage ſeiner Fabrikate zu haben. Er ſchreibt dies dem daſigen Kaufmann Schulze und erſucht denſelben eine Anzahl der in der Müller'ſchen Fabrik angefertigten Artikel in Commiſſion zu nehmen und die mit der Müller'ſchen Etiquette verſehenen Waaren nach Maßgabe des beigefügten Preiscourantes zu verkaufen, indem er demſelben eine Proviſion von 10% zuſichert. Kaufmann Schulze erklärt ſich mit dieſer Offerte einverſtanden und verpflichtet ſich zugleich, ſein Geſchäft als Niederlage Müller'ſcher Fabrikate zu bezeichnen.

Im vorliegenden Falle wird Niemand bezweifeln, daß Schulze dem Müller als bloßer Mandatar gegenüberſteht, daß er, da dem Müller augenſcheinlich daran gelegen iſt, nicht durch theure Preiſe den Abſatz ſeiner Fabrikate verringert und das Renommee ſeiner Fabrik gefährdet zu ſehen, nicht einmal befugt iſt, zu einem höhern als dem limitirten Preiſe zu verkaufen, und daß er, wenn er dies dennoch thut, das lucrum nicht für ſich behalten darf, ſondern vielmehr daſſelbe dem Müller zu berechnen verpflichtet iſt.

Zweites Beiſpiel. Der Kaufmann Schulze zu Stettin wünſcht mit Fabrikaten des ꝛc. Müller zu Berlin Handel zu treiben; er iſt jedoch des Abſatzes nicht gewiß und möchte ſich daher nicht durch den Ankauf einer größern Partie ſolcher Fabrikate der Gefahr ausſetzen, dieſelben für eigene Rechnung längere Zeit oder für immer auf dem Lager zu behalten. Er ſchreibt dies dem Fabrikanten Müller und erſucht denſelben, ihm eine Anzahl Fabrikate zum Engrospreiſe commiſſionsweiſe zu überlaſſen. Müller erwidert: er gehe auf die Offerte des ꝛc. Schulze ein, und überſendet dem Letztern eine Anzahl nicht etiquettirter Artikel.

Auch im vorliegenden Falle wird das zwiſchen Schulze und Müller abgeſchloſſene Geſchäft als „Commiſſion" bezeichnet, Erſterer Commiſſionär des Letzteren genannt. Dennoch kann man bei Berückſichtigung aller obwaltenden Umſtände nicht daran

zweifeln, daß die Contrahenten kein wirkliches Commissionsgeschäft, d. i. kein Mandatsverhältniß, im Sinne gehabt, sondern vielmehr einen Trödelvertrag beabsichtigt haben, und daß Schulze, obgleich dies nicht ausdrücklich stipulirt worden, jedes lucrum, welches er bei dem Verkaufe der Müller'schen Fabrikate macht, für sich behalten darf.

Würde freilich der Fabrikant Müller bei Einklagung jenes lucrum die Klage in der Art substantiiren: er habe dem ꝛc. Schulze die und die Quantität Fabrikate zum limitirten Preise von so und so viel in Commission gegeben; Schulze habe dieselben für so und so viel verkauft und müsse daher den Erlös nach Abzug der zwar nicht ausdrücklich stipulirten, jedoch üblichen Provision im Betrage von 5% erstatten, und würde Schulze zur Aufklärung des Sachverhältnisses seinerseits nichts anführen, insbesondere nicht aus dem Inhalte der Correspondenz darthun, daß ein Trödelvertrag intendirt worden, auch nicht auf den hierfür sprechenden Umstand, daß die sonst etiquettirten Artikel nicht etiquettirt gewesen, aufmerksam machen, seine Vertheidigung vielmehr auf die Ausführung beschränken, daß seinem Anspruche auf den Mehrbetrag ein allgemeiner Handelsgebrauch zur Seite stehe: so würde der Richter das Rechtsverhältniß gewiß, oder doch höchstwahrscheinlich, als Mandat auffassen, dem Handelsgebrauche seine Geltung absprechen und den Kaufmann Schulze nach dem Klageantrage verurtheilen.

Noch mehr wird der zwischen Müller und Schulze abgeschlossene Trödelvertrag zu einer Verwechselung mit dem Mandate Veranlassung geben, wenn zwischen den Contrahenten eine Provision verabredet worden ist; denn eine solche Verabredung kommt, abgesehen von dem dritten Beispiele, gewöhnlich nur bei dem wirklichen Commissionsgeschäft vor. Sie kann aber auch bei dem Trödelvertrage getroffen werden. (Vergl. l. 2. D. 19, 3.) Hier ist freilich die Provision nichts Reelles, wenn sie lediglich

bei Ablieferung des Preiſes gewährt werden ſoll, ſondern eine bloße Umſchreibung für die Stipulation: der vom Trödler abzuliefernde Preis ſoll nicht ſo und ſoviel, ſondern nur ſo und ſoviel betragen. Iſt jedoch die Proviſion in der Art zugeſichert, daß auch dann, wenn der Trödler die Sache ſelbſt zurückgiebt, jene Vergütung für die vom Trödler allerdings vergeblich angewendeten Verkaufsbemühungen gezahlt werden ſoll, ſo iſt ſie durchaus weſenhaft.

Wir haben bisher das zweite Beiſpiel nur vom Standpunkte der Handelswelt und des Deutſchen gemeinen Rechts betrachtet.

Faſſen wir daſſelbe vom Standpunkte des Oeſterreichiſchen und Preußiſchen Rechts in's Auge; ſo gerathen wir in Anſehung ſeiner Behandlung in große Verlegenheit.

Nach Oeſterreichiſchem und Preußiſchem Rechte geht der Trödelvertrag, wenn er nicht auf eine beſtimmte Zeit geſchloſſen wird, in ein Mandat über; denn es verordnet das Oeſterreichiſche Bürgerliche Geſetzbuch Th. II. §. 1086:

„Iſt die Sache unbeweglich; oder iſt der Preis oder die Zahlungsfriſt nicht beſtimmt; ſo wird der Uebernehmer wie ein Gewalthaber angeſehen" —

und das Preuß. Allg. L.-R. Th. I. Tit. 11. §. 522:

„Iſt eine Sache Jemandem zum Verkaufe, ohne Beſtimmung eines gewiſſen Termins zur Zahlung oder Rückgabe zugeſtellt worden, ſo iſt ein bloßes Auftragsgeſchäft vorhanden".

Ebenſo verhält es ſich, wenn dem Trödler eine gewiſſe Proviſion zugeſichert worden iſt. Das Oeſterreichiſche Bürgerliche Geſetzbuch ſagt dies zwar nicht, wie das Preuß. Allg. L.-R. a. a. O. §. 524., ausdrücklich; doch iſt der Satz wohl aus den §§. 1086, 1088. zu folgern.

Im zweiten Beiſpiele iſt nun die Intention der Parteien allerdings dahin gegangen, einen Trödelvertrag zu ſchließen; der

Oeſterreichiſche und Preußiſche Richter hat das Geſchäft jedoch als Mandat zu behandeln und wird deshalb durch die Fragen in Verlegenheit geſetzt: muß, wenn der Commiſſionär den über den limitirten Preis erzielten Mehrbetrag behalten ſoll, dies ausdrücklich beſtimmt ſein? ſteht dem Commiſſionär bei dieſer Frage ein allgemeiner Handelsbrauch wirkſam zur Seite?

Es wäre daher gewiß zweckmäßig geweſen, wenn die verſchiedenen Entwürfe eines Deutſchen Handelsgeſetzbuchs, anſtatt das wirkliche Commiſſionsgeſchäft zu einem eigenthümlichen Rechtsinſtitute zu erheben, die Theorie vom Trödelvertrage einer Reviſion unterworfen hätten. Man hätte hierbei vielleicht den Verſuch machen können, zunächſt Interpretationsregeln für den Fall aufzuſtellen, daß die Erklärungen der Parteien es zweifelhaft laſſen, ob ein wirkliches Commiſſionsgeſchäft oder ein Trödelvertrag geſchloſſen ſei. Sodann würden ſich verſchiedene gemeinrechtliche Controverſen, welche beim Trödelvertrage beſtehen, z. B.

ob, wie u. A. Treitſchke (a. a. O. S. 21.) behauptet, ausdrücklich ausgemacht werden müſſe, daß das geſtellte Limito zugleich als Maximum des Verkaufspreiſes gelten ſolle; ob der Vertrödler nur alternativ auf Rückgabe der Sache oder Zahlung des Preiſes klagen könne;

ob nicht allein das periculum, ſondern auch das Eigenthum ſchon mit der Tradition der Sache auf den Trödler übergehe?

zur Entſcheidung dargeboten und einige Differenzen zwiſchen dem gemeinen, Preuß. und Oeſterreichiſchen Rechte, z. B.

in Betreff der Frage, ob eine Friſtbeſtimmung als Requiſit des Trödelvertrages zu betrachten, ſowie eine Proviſionsverabredung zuläſſig ſei und wann Gefahr und Eigenthum auf den Trödler übergehe,

zur ſachgemäßen Ausgleichung ſich herbeigedrängt haben.

Uebrigens ſoll ſchon hier bemerkt werden, daß die Frage: ob bei dem wirklichen Commiſſionsgeſchäft die Verabredung: der

limitirte Verkaufspreis ſolle zugleich als Maximum gelten, eine ausdrückliche ſein müſſe, nach dem Nürnberger Entwurf zweiter Leſung wegen Art. 261 zu verneinen iſt.

Drittes Beiſpiel. Der Kaufmann Müller zu Berlin wünſcht eine Quantität Roggen, innerhalb einer gewiſſen Friſt zu liefern, an der Börſe zu Stettin zum Tagescourſe zu verkaufen. Er ſchreibt dies dem Kaufmann Schulze zu Stettin und erſucht denſelben, für ihn zu verkaufen; indem er ihm 1% Proviſion zuſichert. Er würde ohne Weiteres dem Schulze ſelbſt die Verkaufsofferte gemacht haben, wenn er nicht Grund zu der Annahme hätte, daß Schulze ſich ſelbſt nur dann als Käufer hergeben werde, wenn es ihm gelungen, den Roggen zu gleichen Bedingungen an einen zuverläſſigen Dritten weiter zu verkaufen und wenn er für ſeine desfallſigen Bemühungen eine angemeſſene Proviſion erhält. Deshalb wählt Müller die Form eines Auftrags, obgleich er weiß, daß das Geſchäft, wenn es überhaupt zum Verkaufe kommt, zwiſchen ihm als Verkäufer und zwiſchen Schulze als Käufer abgeſchloſſen werden wird. Schulze erwiedert: er habe den Auftrag ausgeführt und Müller habe nunmehr an ihn, den Schulze, gegen Zahlung von ſo und ſo viel, unter den angegebenen Bedingungen zu liefern. Müller beſtätigt dies umgehend. In dieſem Fall, der dem im 2. Theile dieſer Schrift umſtändlich erörterten Rechtsfalle gleicht, kann das Vorhandenſein eines Propergeſchäftes kaum zweifelhaft ſein. Auf ihn beziehen ſich offenbar die Worte Gelpke's in ſeiner Zeitſchrift für Handelsrecht Heft 2, S. 92: „Bilden vertretbare, mehr nach der Gattung als nach der Spezies, im Verkehre befindliche marktgängige Sachen den Gegenſtand eines ſolchen Geſchäfts, wird die Erfüllung in eine ſpätere Zeit hinausgerückt, und nimmt eine derartige Handelsſache den Charakter eines Differenzgeſchäftes an; dann fällt das unter der Bezeichnung einer Commiſſion eingegangene Rechtsverhältniß unter die vielfachen zweiſeitigen Speculationen überhaupt." — Dennoch

wird in der Praxis die rechtliche Natur eines ſolchen Geſchäfts häufig verkannt — einen Belag hierfür bietet der im zweiten Theile geſchilderte Rechtsſtreit — und es wäre daher gewiß zweckmäßig geweſen, wenn der Nürnberger Entwurf auch dieſem Punkte einige Aufmerkſamkeit zugewendet hätte.

Wir wiederholen es: Nicht das wirkliche kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft bietet Schwierigkeiten, als vertrüge es ſich nicht durchweg mit den Regeln vom Mandate; Schwierigkeiten bietet höchſtens die Unterſcheidung des wirklichen Commiſſionsgeſchäftes von andern in die Form der Commiſſion gehüllten Verträgen; dieſe Schwierigkeiten ſind blos factiſcher Natur, haben aber allerdings, wenn die factiſche Frage unrichtig gelöſt wird, große Inconvenienzen für den Handelsverkehr zur Folge, der ſich dann gefallen laſſen muß, daß ſeine Geſchäfte, weil ſie mit dem wirklichen Commiſſionsgeſchäft verwechſelt werden, nach unpaſſenden Prinzipien beurtheilt werden.

Drittes Capitel.

Erörterung einzelner Streitfragen.

---

§. 5.

Es kann umſoweniger Zweck dieſer Schrift ſein, eine vollſtändige Lehre des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes aufzuſtellen, als ſie ja gerade von der Anſicht ausgeht, daß das wahre kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft durchaus Mandat iſt, und es nicht in ihrem Plane liegt, für eine Monographie des Mandates zu gelten. Es ſollen daher hier nur diejenigen Fragen erörtert werden, bei deren Beantwortung man häufig durch eine Vermengung des eigentlichen Commiſſionsgeſchäftes mit andern Rechtsverhältniſſen irre geleitet wird. Zu dieſen Fragen rechnen wir folgende:

1) Darf der Commiſſionär, wenn er über den limitirten Preis verkauft oder unter demſelben eingekauft hat, die Differenz für ſich beanſpruchen?

2) Darf bei der Verkaufscommiſſion der Commiſſionär ſich ſelbſt zum Käufer und bei der Einkaufscommiſſion ſich ſelbſt zum Verkäufer machen?

3) Gilt der Commiſſionär, wenn er den Dritten, an den er ver- oder von dem er gekauft haben will, dem Committenten bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrags nicht namhaft macht, ſelbſt als Käufer reſp. Verkäufer?

4) Welches Rechtsverhältniß entſteht zwiſchen dem Committenten und dem Dritten, mit welchem der Commiſſionär contrahirt hat?

5) Enthält der einem Kaufmann ertheilte Auftrag „zu kaufen" resp. „zu verkaufen" auch den Auftrag, demnächst das ganze Kaufgeschäft abzuwickeln?

6) Wird das kaufmännische Commissionsgeschäft durch den Tod des Committenten oder des Commissionärs aufgehoben?

7) Welche Bedeutung und welche Wirkungen hat die Uebernahme des del credere Stehens?

Einige andere auf unser Rechtsgeschäft Bezug habende Fragen werden im zweiten Theile dieser Schrift erörtert werden.

§. 6.

Die Frage: Darf der Commissionär, wenn er über den limitirten Preis verkauft oder unter demselben eingekauft hat, die Differenz für sich beanspruchen? steht mit der folgenden: ob er bei der Verkaufscommission sich selbst zum Käufer und bei der Einkaufscommission sich selbst zum Verkäufer machen darf, in so untrennbarer Verbindung, daß die eine nicht ohne die andere bejaht oder verneint werden kann. Denn gestattet man dem Commissionär, sich selbst zum Käufer zu machen, d. i. die commissionsweise zu verkaufenden Waaren für sich zu behalten, oder sich selbst zum Verkäufer zu machen, d. i. die einzukaufenden Waaren von seinem eigenen Lager zu liefern, so räumt man ihm dadurch die rechtliche Möglichkeit ein, die oben gedachte Differenz sich selber zuzueignen. Er braucht ja nur die commissionsweise zu verkaufende Waare zunächst zum limitirten Preise für sich selbst zu kaufen und sie im nämlichen Momente an den mehr bietenden Dritten theurer zu verkaufen, oder umgekehrt die commissionsweise einzukaufende Waare von dem Dritten zu einem niedrigern als dem limitirten Preise für sich selbst einzukaufen und sie sodann in eigenem Namen an den Committenten zum limitirten Preise wieder zu verkaufen. Dennoch werden beide Fragen von den nämlichen Rechtsgelehrten verschieden beantwortet.

Was die erste Frage betrifft, so wird dieselbe fast von sämmtlichen Schriftstellern*) mit dem Bemerken verneint, daß der von Einzelnen behaupteten entgegengesetzten Observanz Dasein wie Geltung abzusprechen sei.

Treitschke, S. 19.
Morstadt, S. 43.
Pöhls, S. 257, 265.
Mittermaier, §§. 551. 552.
Wilda, S. 713.
Preuß. Entw. §. 290 nebst Motiven. Rev. Oesterreich. Entw. §. 114. Nürnberger Entw. erster Lesung. Art. 318. Entw. zweiter Lesung. Art. 349.
Nürnberger Protok. Nr. 80.

Gewiß ist diese Ansicht nach allen drei Rechten für die richtige zu achten.

(Cf. l. 10. §. 8. D. 17, 1; §. 1009. Thl. 2. Oest. B. G.-B.; §. 62, I, 13. A. L.-R.)

In Bezug auf die zweite Frage muß zunächst einem Mißverständnisse vorgebeugt werden. Es versteht sich nämlich von selbst, daß, wenn der Commissionär sich selbst als Käufer oder Verkäufer dem Committenten offerirt und dieser hierauf eingeht, zwischen Beiden ein völlig gültiger Kaufvertrag zu Stande gekommen ist. Fraglich ist es nur, ob der Commissionär einseitig sich selbst zum Käufer oder Verkäufer machen darf; ob in dem Auftrage des Committenten schon im Voraus die Genehmigung, daß der Commissionär selbst liefere oder erwerbe, enthalten ist. Diese Frage wird von den Meisten auf den Grund eines Deutschen Handelsgebrauchs, jedoch mit mancherlei Modificationen bejaht.

Nach der einen Ansicht ist die Befugniß des Commissionärs, durch einseitigen Willensact sich selber zum Käufer oder Verkäufer zu machen, dadurch bedingt, daß der Commissionär vorher den

*) Eine Ausnahme macht z. B. Bender §§. 98 und 105.

vergeblichen Versuch gemacht habe, zu vortheilhafteren Bedingungen zu verkaufen oder einzukaufen, und dies beweise, daß auch der Commissionär nicht unmittelbar hinterher die Waare theurer verkaufe oder billiger einkaufe.

Treitschke, S. 15 und 16.
Wilda, S. 714.

Nach einer andern Ansicht ist jene Befugniß davon abhängig, daß die Waaren einen bestimmten Cours haben, indem der Commissionär bei der Verkaufscommission nur dann, wenn er den höchsten, das Limito erreichenden Tagespreis berechnet, sich selbst zum Käufer, und bei der Einkaufscommission nur dann, wenn er den niedrigsten, das Limito nicht übersteigenden Tagespreis in Anfatz bringt, sich selbst zum Verkäufer soll machen dürfen.

Unter dieser Voraussetzung aber soll der Commissionär nicht verpflichtet sein, erst in den Markt zu gehen, bevor er sich selbst zum Käufer oder Verkäufer macht.

Morstadt, S. 43 und 45.
Maurenbrecher, §. 406.
Entsch. des Preuß. Ober-Trib. vom 2. Nov. 1849. (Striethorst's Arch. für Rechtsf. Bd. 1. S. 5.)

Der Preußische Entwurf (Art. 294) sowie die Nürnberger Entwürfe erster und zweiter Lesung (Art. 322, resp. Art. 353) haben sich der zweiten Ansicht mit einer Modification angeschlossen.

(Vergl. auch Nürnberger Protok. Nr. 81 und 146.)

Nach dem Wortlaute dieser Entwürfe und, wie aus einer Bemerkung der Majorität der Nürnberger Conferenz im 81. Protokolle*) erhellt, darf nämlich der Commissionär, sofern er nur

*) Diese Bemerkung lautet: „Die (vorgeschlagene) Bestimmung, daß der Commissionär den niedrigst möglichen, resp. höchst möglichen Preis berechnen solle, sei aber nicht allein ohne Werth für den Fall eines Prozesses (?), sondern auch im Verkehre unausführbar (?), denn an einem und demselben Tage laufe oft ein und derselbe Artikel eine ganze Scala von Preisen durch. Wenn dann ein Commissionär bezüglich derselben Waare zugleich eine Ver-

das Limito einhält, auch zum niedrigsten Tagespreise sich selbst als Käufer und ebenso zum höchsten Tagespreise sich selbst als Verkäufer dem Committenten gegenüber geriren.

Ferner besteht zwischen den Anhängern der ersten und zweiten Meinung darüber Streit, ob der Commissionär, welcher sich selbst zum Käufer, resp. Verkäufer aufwirft, sofort hiervon dem Committenten Anzeige machen müsse.

Die Motive des Preußischen Entwurfs und die Majorität der Nürnberger Conferenz haben diese Frage verneint*); dennoch

---

kaufs- und eine Einkaufscommission habe, und die Waare zuerst mit 98, dann mit 102, und zuletzt mit 100 notirt worden sei, so müsse derselbe die Waare dem Verkäufer mit 102, dem Käufer mit 98 berechnen, was gewiß unausführbar sei."

*) In den Motiven des Preuß. Entwurfs heißt es zum Art. 294: — — „so besteht der Zweck einer solchen Anzeige im Wesentlichen nur darin, zu constatiren, daß der Commissionär als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer eingetreten ist, und den Committenten von dieser Sachlage zu seiner Nachachtung in Kenntniß zu setzen. Die Anzeige würde somit eine erhebliche Belästigung des Commissionärs sein, während sie dem Committenten keinen besondern praktischen Nutzen bringt, weshalb die Anzeige im Geschäftsverkehre auch niemals verlangt wird." Weiter unten wird gesagt: „Darüber, ob er von der ihm beigelegten Befugniß Gebrauch gemacht habe, muß der Commissionär schon nach Art. 278 des Entwurfs dem Committenten Anzeige machen. — — Aus der Anzeige über die Ausführung des Geschäfts ergiebt sich zugleich der Zeitpunkt für den Eintritt der eigenen Verbindlichkeit des Commissionärs und damit die Grundlage für den zu liefernden Rechnungsnachweis. — — Uebrigens muß, so lange nicht der eigene Eintritt des Commissionärs als Käufer oder Verkäufer aus der Anzeige über die Ausführung des Geschäfts constirt, dem Committenten das Recht zustehen, die ertheilte Commission frei zu widerrufen."

Es wird also in einem und demselben Athemzuge gesagt:

a) die sofortige Anzeige von dem eigenen Eintritte des Commissionärs als Käufer, resp. Verkäufer sei nicht nothwendig;

b) nur die Anzeige überhaupt, daß der Commissionär selbst kaufe oder verkaufe, sei erforderlich;

c) so lange aber diese Anzeige nicht geschehen, könne die Commission widerrufen und der Commissionär nicht als Selbstcontrahent betrachtet werden; also sei die sofortige Anzeige doch nothwendig und zwar bei

iſt nach den Entwürfen die ſofortige Anzeige eine Nothwendigkeit, weil doch nur der Tag der Anzeige für den Tag der Ausführung der Commiſſion, d. i. für denjenigen Tag, deſſen Börsencours oder Marktpreis von dem Commiſſionär einzuhalten iſt, gelten kann und weil bis zum Tage der Anzeige der Committent den Auftrag auch nach den Entwürfen zu widerrufen befugt iſt.

Nach einer dritten Anſicht ſteht dem Commiſſionär ſchlechthin die Befugniß zu, ſich ſelbſt als Käufer reſp. Verkäufer dem Committenten gegenüber aufzuwerfen.

Bender, S. 217, 227.
Minorität der Nürnberger Conferenz in der 146. Sitzung.

Nach einer vierten Anſicht endlich ſteht eine derartige Befugniß dem Commiſſionär niemals zu.

Pöhls, S. 255, 256, 262.
Ellinger, §§. 200 und 201.

Der revid. Oeſterreichiſche Entwurf (§. 145) hat ſich dieſer vierten (auch von dem code civil Art. 1596 adoptirten) Anſicht angeſchloſſen, indem er dem Commiſſionär, welcher die zu verkaufende Waare ſelbſt kaufen oder die zu erkaufende Waare von ſeinem eigenen Vorrathe liefern will, die Pflicht auferlegt, „hiezu die Zuſtimmung des Committenten einzuholen“.

Daß die Befugniß des Commiſſionärs, durch einſeitigen Willensact dem Committenten gegenüber ſelbſt als Käufer oder Verkäufer einzutreten, gegen die Grundſätze des Mandats verſtößt, wird allſeitig anerkannt.

(Vergl. namentlich Motive zu Art. 294 des Preuß. Entw.)

Vermeidung der Strafe, daß ſich der Commiſſionär in der Zwiſchenzeit einen Widerruf des Geſchäfts müſſe gefallen laſſen, und daß bei der Verkaufscommiſſion ein etwaiges Steigen und bei der Einkaufscommiſſion ein etwaiges Sinken der Preiſe dem Committenten zu gute komme.

Die Behauptung zu a iſt ſomit eine völlig gedankenloſe.

Es kann dies auch im Hinblick auf sehr bestimmte Vorschriften des Römischen, Oesterreichischen und Preuß. Rechts nicht zweifelhaft sein.

(Cf. l. 46. D. 18, 1; §. 1009. Oest. B. §. 20, 1, 11. A. L.-R.)

Jene Befugniß wird daher, wie schon erwähnt worden, lediglich auf einen Deutschen Handelsgebrauch gegründet. Daß dieser Handelsgebrauch sehr bestritten und unter denen, welche ihn behaupten, wieder seinem Umfange nach controvers ist, erhellt aus dem oben Angeführten zur Genüge.

Der Streit über den Umfang des vermeintlichen Handelsgebrauchs wurzelt offenbar darin, daß einzelne seiner Vertheidiger fühlten, wie sehr er mit dem Satze, daß der Commissionär sich nicht die Differenz zwischen dem limitirten und dem wirklich erzielten Preise zueignen darf, in Widerspruch stehe, und sich deshalb bemühten, durch gewisse Einschränkungen jenes Handelsgebrauchs den Widerspruch auszugleichen. Am unglücklichsten in diesem Bestreben sind der Preußische und die Nürnberger Entwürfe gewesen. Sie lassen den Commissionär, sofern er nur den limitirten Preis einhält, unter allen Umständen die Differenz zwischen dem höchsten und niedrigsten Tagespreise lucriren und geben ihm außerdem die Möglichkeit, für bereits an Dritte verkaufte Commissionswaaren, nachdem die Preise gesunken sind, selber als Käufer und für bereits eingekaufte Commissionswaaren, nachdem die Preise gestiegen sind, selber als Verkäufer dem Committenten gegenüber einzutreten.

Welchen Werth hat aber ein Handelsgebrauch, dessen Dasein und Umfang so streitig ist? Wir meinen: gar keinen! Nach unserer Ansicht hat es ebensowohl mit dem Handelsgebrauche, wonach der Commissionär sich selbst als Käufer oder Verkäufer dem Committenten octroyiren darf, wie mit jener vermeintlichen Handelsobservanz, wonach der Commissionär die Differenz zwischen dem

limitirten und dem wirklich erzielten Preise lucrirt, in Wahrheit folgende Bewandtniß.

In das Kleid der Commission werden von der Handelswelt, wie schon im §. 4 ausgeführt worden ist, häufig auch Trödelverträge und wirkliche Properhandelsgeschäfte gehüllt. Bei diesen folgt nun das, was jene Handelsgebräuche eingeführt haben sollen, aus der Natur der Sache. Die Handelswelt aber, welche zwischen den verschiedenen, in die Commission gekleideten Rechtsgeschäften nicht scharf zu unterscheiden vermag, hat hin und wieder in dem, was bei gewissen in das Kleid der Commission gehüllten Verträgen aus der besondern Natur dieser Verträge folgt, einen allgemeinen, für Commissionsgeschäfte schlechthin geltenden Handelsgebrauch zu erblicken geglaubt.

§. 7.

Wir gehen nunmehr zu der dritten Frage über: ob der Commissionär, wenn er den Dritten, an welchen er ver- oder von dem er gekauft haben will, dem Committenten bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrages nicht namhaft macht, selbst als Käufer resp. Verkäufer gilt?

Es mag zunächst den Anschein haben, als könne diese Frage, nachdem die zweite im §. 6 verneint worden, nicht füglich ferner aufgeworfen werden. Diese Annahme würde jedoch eine irrige sein; denn die Bejahung der dritten Frage involvirt kein Recht, sondern eine Pflicht, eine Art Strafe für den Commissionär.

Der Committent hat nämlich für gewöhnlich ein Recht, von dem Commissionär die Nennung des Dritten, mit welchem das Geschäft abgeschlossen worden, zu verlangen; aus diesem Rechte des Committenten folgt natürlich eine Pflicht des Commissionärs. Kommt Letzterer dieser Pflicht nicht rechtzeitig nach, so soll er sich gefallen lassen, von dem Committenten als Käufer resp. Verkäufer

behandelt zu werden, d. i. alle Pflichten des Dritten als Selbstschuldner übernommen.

Die bejahende Antwort der dritten Frage wird von den Einen wiederum auf einen Deutschen Handelsgebrauch gestützt.

(Vergl. Motive zu Art. 294 des Preuß. Entw.)

Die meisten Schriftsteller über das kaufmännische Commissionsgeschäft wissen jedoch von einem solchen Handelsgebrauche nichts.

Andere suchen die bejahende Antwort gerade dadurch zu rechtfertigen, daß der kaufmännische Commissionär nicht zur Nennung der Dritten, d. i. zur Bloßlegung seiner Geschäftsverbindungen, gezwungen werden könne, hierzu auch oft nicht einmal im Stande sei.

(Vergl. Prot. Nr. 146 u. Nr. 81 der Nürnberger Conferenz.)

Aus den Grundsätzen des Mandats ist die bejahende Antwort gewiß ebensowenig herzuleiten, als der für sie angeführte Grund, daß der kaufmännische Commissionär nicht genöthigt werden könne, seine Contrahenten namhaft zu machen.

Der Commissionär wird nach den Grundsätzen des Mandats dadurch, daß er seinen Käufer oder Verkäufer dem Committenten nicht sofort namhaft macht, dem Letzteren noch nicht unbedingt verantwortlich *), und wenn er selbst die ihm obliegende Klagenabtretung schuldbarer Weise verzögert, kann er sich später immer noch durch Erfüllung jener Verbindlichkeit von der Mandatsklage befreien. Die Verpflichtung zur Klagenabtretung schlägt also niemals in eine Verhaftung schlechthin als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer um. Auf der andern Seite folgt aus der Verbindlichkeit zur Klagenabtretung gerade die Pflicht des Commissionärs, seine Käufer resp. Verkäufer dem Committenten namhaft zu machen, wobei es sich von selbst versteht, daß, wenn der Auftrag seiner Natur nach den Commissionär selbst nicht in die Lage bringt, die Namen der dritten Contrahenten zu erfahren, auch von einer

*) Vergl. Pöhls S. 265.

Pflicht des Commissionärs zur Namhaftmachung derselben und zur Klagencession nicht die Rede sein kann.

Ist nun die Bejahung der dritten Frage durch die Regeln vom Mandat nicht zu rechtfertigen und ist auch der dafür angeführte Handelsgebrauch keineswegs genügend constatirt, so wird man sich hier ebenfalls zu der Annahme gedrängt fühlen, daß jene Antwort in einer Vermengung des Commissionsgeschäftes, des Trödelvertrages und des eigentlichen Properhandels ihren wahren Grund hat. Bei dem Trödelvertrage wie bei jedem in das Gewand der Commission gekleideten Properhandel hat nämlich der sogenannte (uneigentliche) Commissionär durchaus nicht die Pflicht, seine Contrahenten dem sogenannten (uneigentlichen) Committenten namhaft zu machen. Eine solche Namhaftmachung pflegt daher auch niemals verlangt und niemals vorgenommen zu werden. Vielmehr haftet der sog. Commissionär nach erfolgter Anzeige von der Ausführung des Geschäftes als Selbstkäufer resp. Selbstverkäufer. Man kann deshalb, wenn Jemand, der als Commissionär bezeichnet wird, bei der Anzeige von der Ausführung der sog. Aufträge niemals die Namen der dritten Personen dem sog. Committenten mitgetheilt hat, und wenn schließlich zwischen ihm und dem sog. Committenten Streit darüber entsteht, ob ein wirkliches Commissions- oder ein anderes Rechtsgeschäft geschlossen worden, ob also der sog. Commissionär selbst als Käufer resp. Verkäufer zu betrachten ist oder nicht, aus dem Umstande, daß gewohnheitsmäßig die Namhaftmachung der dritten Personen unterblieben, allerdings eine Vermuthung dafür herleiten, daß das von den streitenden Parteien eingegangene Rechtsverhältniß nicht die Natur eines wirklichen Commissionsgeschäftes gehabt hat, und, wenn diese Vermuthung nicht durch andere Thatsachen widerlegt wird, den sog. Commissionär als Selbstkäufer resp. als Selbstverkäufer behandeln. Zu etwas Mehrerem aber als zur Aufstellung einer Vermuthung ist jener Umstand nicht tauglich.

§. 8.

Die vierte Frage: Welches Rechtsverhältniß entsteht zwiſchen dem Committenten und dem Dritten, mit welchem der Commiſſionär contrahirt hat? wird im Allgemeinen nach den Grundſätzen vom Mandat beantwortet; doch herrſcht unter den gemeinrechtlichen Schriftſtellern Streit darüber, ob und unter welchen Bedingungen utiles actiones zwiſchen dem Dritten und dem Committenten ſtatthaft ſind. Selbſt bei Treitſchke iſt eine gewiſſe Unklarheit über dieſen Punkt anzutreffen. Die Grundſätze, welche er unter der Ueberſchrift: „Von den Rechtsverhältniſſen des Committenten und des Commiſſionärs zu denen, die mit dieſem contrahirt haben; Einleitung" aufſtellt, harmoniren nicht vollſtändig mit den unter der Ueberſchrift: „Von den Verhältniſſen bei gehörig erfülltem Auftrage" entwickelten.

Das Richtigſte iſt wohl, die utiles actiones bei dem kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäft für ſchlechthin unſtatthaft zu erklären.

(Vergl. Wilda S. 718.)

Nach Preuß. Rechte kann dies wegen §. 154, I, 13. L.-R. und wohl auch nach Oeſterreichiſchem Rechte wegen §. 1017. Th. II. B. G.-B. („Inſofern der Gewalthaber — — den Gewaltgeber vorſtellet" ꝛc.) nicht zweifelhaft ſein.

Daß aber Manche ſo weit gehen, dem Committenten ſelbſt einen Anſpruch auf Klagenabtretung gegen den Commiſſionär ſchlechthin abzuſprechen (§. 7.), beruht jedenfalls wieder auf einer Vermengung des eigentlichen Commiſſionsgeſchäftes mit andern in die Commiſſion gekleideten Rechtsverhältniſſen.

Der Preußiſche Entwurf (Art. 277, 285.) ſowie der Oeſterreichiſche (§§. 133, 135, 148), der Nürnberger erſter Leſung (Art. 303, 313) und zweiter Leſung (Art. 337, 338 u. 345) gehen von den richtigen Grundſätzen aus.

§. 9.

Enthält der einem Kaufmann ertheilte Auftrag „zu kaufen", resp. „zu verkaufen" auch den Auftrag, demnächst das ganze Kaufgeschäft abzuwickeln? Wir sind der Ansicht, daß diese Frage eine rein factische, nach den jedesmaligen factischen Umständen zu entscheidende ist.

Nicht jeder einem Kaufmann ertheilte Auftrag, für Rechnung des Auftragenden ein Kaufgeschäft abzuschließen, ermächtigt nach unserer Meinung den Beauftragten, den Abschluß in eigenem Namen vorzunehmen. Eine solche Ermächtigung enthält vielmehr nur derjenige Auftrag, dessen Ausführung nach dem gewöhnlichen Geschäftsverkehre nicht anders erfolgen kann oder wenigstens nicht anders zu geschehen pflegt, als daß der Beauftragte das committirte Geschäft in eigenem Namen abschließt. Blos ein Auftrag der letztern Art — meinen wir — verdient den Namen einer „kaufmännischen Commission", falls man überhaupt von ihr als von einem besondern Rechtsgeschäfte sprechen will, nicht aber auch jeder andere einem Kaufmanne ertheilte Auftrag, dessen Ausführung auf eigenen Namen von dem Beauftragten beliebt worden ist.

Ist nun ein solcher Auftrag, dessen Ausführung nicht auf den Namen des Beauftragten zu geschehen pflegt, ertheilt, so erstreckt sich derselbe unseres Erachtens nur auf den Abschluß des committirten Geschäftes, nicht auch auf dessen Erfüllung; und es vermag hieran das einseitige Belieben des Commissionärs, den Auftrag auf eigenen Namen auszuführen, offenbar nichts zu ändern.

Ist dagegen ein anderer Auftrag ertheilt und das committirte Geschäft wirklich auf den Namen des Beauftragten abgeschlossen, so wird in der Regel anzunehmen sein, daß dem Commissionär auch die ganze Abwickelung des Geschäftes übertragen ist. Dieser Satz leidet jedoch nothwendig eine Einschränkung dann, wenn der

Committent den Abſchluß des Geſchäftes ſo angeordnet hat, daß ihm die Wahl zwiſchen verſchiedenen Arten der Abwickelung oder unter Umſtänden der Rücktritt freibleiben ſoll. In ſolchem Falle darf der Commiſſionär dem Ermeſſen des Committenten nicht vorgreifen.

Zur praktiſchen Anwendung ſowie zur näheren Begründung dieſer Sätze werden wir im zweiten Theile dieſer Schrift (§. 23) Gelegenheit finden.

Die vier Handelsgeſetzbuchs-Entwürfe ſchweigen über unſere Frage gänzlich; ebenſo enthält die vorhandene Literatur faſt nichts direct auf dieſelbe Bezügliches.

§. 10.

Wir gelangen nunmehr zu der Frage: ob das kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft durch den Tod des Committenten oder des Commiſſionärs aufgehoben wird?

Sie wird für das gemeine Recht im Allgemeinen bejaht, von Einigen jedoch unter der Vorausſetzung verneint,

daß — wenn der Commiſſionär geſtorben — der Auftrag nicht dieſem perſönlich, ſondern ſeiner Firma ertheilt worden, und daß — wenn der Committent geſtorben — der Auftrag von deſſen Firma ausgegangen ſei.

(Vergl. Treitſchke §. 18. Mittermaier, 6. Aufl., §. 551.)

Andere knüpfen eine verneinende Antwort nicht an die eben gedachte Vorausſetzung allein, ſondern verlangen gleichzeitig,

daß die Firma, an welche oder von welcher der Auftrag ertheilt worden, nach dem Tode ihres Inhabers beſtehen bleibe.

(Vergl. Wilda. S. 719.)

Nach Preuß. Recht hebt zufolge ausdrücklicher Vorſchrift der Tod des Machtgebers die kaufmänniſche Commiſſion nicht auf (§. 191, I, 13. L.-R.); der Tod des Mandatars, wie der höchſte Gerichtshof annimmt, nur dann nicht: wenn der Auftrag

einem „Kaufmann als Vorſteher einer Handlung für dieſe“ ertheilt worden.

(Präj. Nr. 2022. v. 22. Mai. 1848; Entſch. Bd. 17. S. 230.)

Nach Oeſterreichiſchem Recht wird unſere Frage ſchlechthin bejaht und zwar mit Rückſicht auf §. 1022. Th. II. B. G.-B.

(Ellinger, §. 210. a. E.)

Der Preuß. Entwurf enthält, — jedoch nicht in der Lehre vom kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäft, ſondern unter den „allgemeinen Beſtimmungen über Handelsgeſchäfte“ — die Vorſchrift (Art. 228):

> daß ein Auftrag zur Ausführung von Handelsgeſchäften durch den Tod deſſen, von welchem er ausgegangen iſt, nicht aufgehoben wird.

Daſſelbe verordnet am nämlichen Orte der Nürnberger Entwurf erſter und zweiter Leſung. (Art. 253 reſp. Art. 280.)

Für den Fall, daß der Commiſſionär ſtirbt, enthalten die Entwürfe keine Beſtimmung.

Auch wenn man, wie wir thun, das eigentliche kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft als reines Mandat auffaßt, iſt die Vorſchrift der Entwürfe ſowie der von Manchen angenommene gemeinrechtliche Satz:

> daß der Tod des Commiſſionärs die kaufmänniſche Commiſſion nicht aufhebt, wenn der Auftrag einer Firma als ſolchen ertheilt iſt und die Firma nach dem Tode ihres Inhabers fortbeſteht;

nur zu billigen; denn beiden Beſtimmungen liegt die gewiß gerechtfertigte Präſumtion zum Grunde: die Fortdauer des Commiſſionsverhältniſſes ſei dem Willen des Committenten gemäß.

Dagegen würde, wenn man die unbedingte Fortdauer des Commiſſionsverhältniſſes beim Tode des Commiſſionärs annehmen wollte, dies eine unzuläſſige Vermengung des wirklichen Commiſſionsgeſchäftes und des Properhandels ſein.

§. 11.

Welche Bedeutung und welche Wirkungen hat die Uebernahme des del credere Stehens?

Die Antworten, welche hierauf ertheilt werden, lauten ſehr verſchieden, und beſtehen weſentlich in folgenden Sätzen:

1) Die Uebernahme des del credere Stehens iſt das bei der Verkaufscommiſſion (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) ertheilte Verſprechen des Commiſſionärs, für die Erfüllung des aufgetragenen Geſchäftes dem Committenten einzuſtehen.

(Treitſchke, §. 10. Mittermaier, §. 552. Morſtadt, S. 44. Wilda, S. 715. Bender, §. 105. Koch, §. 405; Recht der Ford. Bd. 1. S. 506.)

2) Die Uebernahme des del credere Stehens kann auch bei der Einkaufscommiſſion vorkommen, wenngleich ſie meiſtens nur bei Verkaufscommiſſionen ſtattfindet.

(Pöhls, §. 116. Ellinger, §§. 206. u. 208. Preuß. Entw. u. Motive Art. 288. Nürnberger Entwürfe Art. 316 u. 347.)

3) Der del credere ſtehende Commiſſionär iſt dem Committenten gegenüber als Selbſtkäufer reſp. Selbſtverkäufer zu betrachten.

(Präj. des Berl. Ob.-Trib. v. 6. Oct. 1848; Striethorſt's Arch. für Rechtsf. Bd. 1. S. 3.)

4) Durch die Uebernahme des del credere Stehens wird die Verkaufscommiſſion wenigſtens in einen Trödelvertrag verwandelt.

(Riccius, §. 12. Vergl. auch Koch, §. 405.)

5) Der del credere ſtehende Verkaufscommiſſionär haftet auch dann, wenn er im Namen des Committenten verkauft hat, dieſem als Alleinſchuldner („einziger Hauptſchuldner").

(Vergl. Nr. 9.)

6) Der del credere ſtehende Commiſſionär haftet dem Committenten ſtets als Selbſtſchuldner; kann alſo das beneficium ordinis niemals geltend machen.

(Treitſchke, §. 10. Pöhls, §. 116. Mittermaier, §. 552. Bender, §. 105. Morſtadt, S. 44. Preuß. Ent. u. Mot. Art. 288. Nürnberger Entwürfe Art. 316 u. 347.)

7) Der del credere ſtehende Commiſſionär haftet dem Committenten blos als gewöhnlicher Bürge („für die Bonität des Schuldners").

(Maurenbrecher, §. 406. Koch, §. 405.)

8) Der del credere ſtehende Verkaufscommiſſionär iſt zum Creditgeben befugt.

(Mittermaier, §. 552.)

9) Der del credere ſtehende Verkaufscommiſſionär wird Eigenthümer der Waare und — ſelbſt dem Committenten gegenüber — Eigenthümer des Erlöſes; er iſt daher auch nicht verpflichtet, die ihm gegen ſeinen Abkäufer zuſtehende Klage dem Committenten abzutreten oder ſeinen Abkäufer dem Committenten auch nur zu nennen.

(Vergl. Riccius, §. 12. und Nürnberger Protokolle Nr. 81.)

10) Der del credere ſtehende Commiſſionär hat Anſpruch auf eine erhöhte Proviſion.

(Treitſchke, §. 10. Pöhls, §. 116 a. E. Morſtadt, S. 45. Ellinger, §. 206. Nürnberger Entw. 1ſter und 2ter Leſung. Art. 316, 347.)

Von den ſoeben angeführten, zum großen Theil einander widerſtreitenden Sätzen ſind unſeres Erachtens nur die zu 1, 2, 6, 8 und 10 zu billigen. Die übrigen beruhen mehr oder weniger auf einer Vermengung der verſchiedenen Arten von Geſchäften, welche in das Gewand der Commiſſion gehüllt zu werden pflegen. Eine ſolche Vermengung erſcheint aber um ſo leichter möglich, als auch bei wirklichen Propergeſchäften, welche von den Parteien in Commiſſionsform gebracht werden, ſehr häufig ein del credere Stehen des Commiſſionärs, ſowie eine del-credere-Proviſion ausgemacht wird. Es hat hiermit — ſoweit wir den Handelsverkehr beobachtet haben — folgende Bewandtniß.

Wir haben bereits geſehen (§. 4. Drittes Beiſpiel), daß Propergeſchäfte ſehr oft um deshalb als Commiſſion eingekleidet werden, weil der ſog. Committent weiß, daß derjenige, den er

Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten *).

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein Vollmachtsauftrag.

b) Revid. Entwurf eines Oesterreichischen Handelsrechts.

§. 132. Ein Handelsmann, welcher Handelsgeschäfte unter seinem Namen, jedoch vermöge Auftrages, und für Rechnung eines Anderen besorgt, wird Commissionär genannt.

§. 133. Zwischen dem Commissionär und demjenigen, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung er handelt (Committenten), treten, soferne hier nichts Näheres oder Besonderes bestimmt wird, die Vorschriften des zwei und zwanzigsten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über die Bevollmächtigung in Anwendung; dritten Personen gegenüber aber, mit welchen der Commissionär Geschäfte auf seinen eigenen Namen schließt, wird er daraus persönlich berechtigt oder verpflichtet.

§. 134. Ein Handelsmann hat die durch das Handelsrecht bestimmten Rechte und Verbindlichkeiten eines Commissionärs, wenn er im eigenen Namen für einen Andern, dieser mag ein Handelsmann sein oder nicht, Handelsgeschäfte zu besorgen übernimmt.

§. 135. Den von einem Handelsmanne in seinem Namen eingegangenen Geschäften sind aber auch diejenigen gleich zu achten, von welchen er zwar zu erkennen gibt, daß er sie für fremde Rechnung schließe, ohne jedoch die Person seines Macht-

*) Diese Bestimmung gehört unter Rubrica 6 und soll die Controversen abschneiden, welche über die Statthaftigkeit der actiones utiles bestehen, d. h. sie soll die Letzteren für unstatthaft erklären. (Nürnb. Prot. Nr. 75.) Daß dem Committenten keine utilis actio gegen den Dritten zustehe, ist klarer in Art. 285. Alinea 1 (sub No. 6. lit. a) ausgesprochen.

gebers zu eröffnen; nur wo dieser genannt wird, finden auch dritten Personen gegenüber die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag Anwendung.

c) Nürnberger Entwurf eines Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs erster Lesung.

Art. 303 Kaufmännischer Commissionär ist derjenige, welcher in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt.

Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet Zwischen dem Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Vollmachtsvertrag.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 337. Commissionär ist derjenige, welcher gewerbemäßig *) in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt.

Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft.

*) Gegen Aufnahme des Wortes „gewerbemäßig", welches im Entwurf erster Lesung weggeblieben war, erklärt sich Endemann S. 133. — Vergl. übrigens Art. 355. sub No. 7. lit. c.

Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten *).

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein Vollmachtsauftrag.

b) Revid. Entwurf eines Oesterreichischen Handelsrechts.

§. 132. Ein Handelsmann, welcher Handelsgeschäfte unter seinem Namen, jedoch vermöge Auftrages, und für Rechnung eines Anderen besorgt, wird Commissionär genannt.

§. 133. Zwischen dem Commissionär und demjenigen, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung er handelt (Committenten), treten, soferne hier nichts Näheres oder Besonderes bestimmt wird, die Vorschriften des zwei und zwanzigsten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über die Bevollmächtigung in Anwendung; dritten Personen gegenüber aber, mit welchen der Commissionär Geschäfte auf seinen eigenen Namen schließt, wird er daraus persönlich berechtigt oder verpflichtet.

§. 134. Ein Handelsmann hat die durch das Handelsrecht bestimmten Rechte und Verbindlichkeiten eines Commissionärs, wenn er im eigenen Namen für einen Andern, dieser mag ein Handelsmann sein oder nicht, Handelsgeschäfte zu besorgen übernimmt.

§. 135. Den von einem Handelsmanne in seinem Namen eingegangenen Geschäften sind aber auch diejenigen gleich zu achten, von welchen er zwar zu erkennen gibt, daß er sie für fremde Rechnung schließe, ohne jedoch die Person seines Macht-

*) Diese Bestimmung gehört unter Rubrica 6 und soll die Controversen abschneiden, welche über die Statthaftigkeit der actiones utiles bestehen, d. h. sie soll die Letzteren für unstatthaft erklären. (Nürnb. Prot. Nr. 75.) Daß dem Committenten keine utilis actio gegen den Dritten zustehe, ist klarer in Art. 285. Alinea 1 (sub No. 6. lit. a) ausgesprochen.

gebers zu eröffnen; nur wo dieser genannt wird, finden auch dritten Personen gegenüber die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag Anwendung.

c) Nürnberger Entwurf eines Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs erster Lesung.

Art. 303 Kaufmännischer Commissionär ist derjenige, welcher in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt.

Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet Zwischen dem Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Vollmachtsvertrag.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 337. Commissionär ist derjenige, welcher gewerbemäßig *) in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt.

Durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Committenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Commission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft.

*) Gegen Aufnahme des Wortes „gewerbemäßig", welches im Entwurf erster Lesung weggeblieben war, erklärt sich Endemann S. 133. — Vergl. übrigens Art. 355. sub No. 7. lit. c.

2. Erklärung über die Annahme kaufmänniſcher Commiſſionen.

Revidirter Oeſterreichiſcher Entwurf.

§. 136. Jeder Handelsmann, dem ein Gut überſendet wird, um damit dem Auftrage gemäß zu verfügen, muß, wenn er dem Auftrage nicht entſprechen will, binnen der im §. 862 des allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuches beſtimmten Friſt dem Auftragenden dies ausdrücklich erklären, widrigenfalls bleibt er dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachtheil verantwortlich*). Er iſt überdies, bis der Bittſteller eine andere Verfügung

*) Dieſe Beſtimmung würde eine erhebliche Beläſtigung des Handelsſtandes herbeiführen, die nicht einmal vom Standpunkte der Moral gerechtfertigt wäre. Welche moraliſche Verpflichtung hat ein Handelsmann, einer wildfremden Perſon, die ihm einen Auftrag giebt, auch nur zu antworten? Und doch ſoll er ſchon dann, wenn er nicht in kürzeſter Friſt antwortet, den größten Nachtheilen ausgeſetzt ſein!

Auch der Preuß. Entwurf geht zu weit, welcher unter der Ueberſchrift „Abſchließung der Verträge in Handelsgeſchäften" beſtimmt:

„Art. 240. Wenn zwiſchen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag geſchieht, und dem Auftraggeber eine Geſchäftsverbindung beſteht, oder wenn derſelbe aus der Ausrichtung ſolcher Aufträge ein Gewerbe macht, oder ſich gegen den Auftraggeber zur Ausrichtung ſolcher Aufträge erboten hat, ſo iſt er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls ſein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt. — Auch wenn derſelbe den Auftrag ablehnt, iſt er ſchuldig, die mit dem Auftrage etwa überſandten Waaren auf Koſten des Auftraggebers einſtweilen vor Schaden zu bewahren."

Richtiger beſtimmt daher der Nürnberger Entw. erſter Leſung unter der Ueberſchrift „Abſchließung der Handelsgeſchäfte":

„Art. 269. Wenn zwiſchen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geſchäftsverbindung beſteht, oder ſich derſelbe gegen Letzteren zur Ausrichtung ſolcher Aufträge erboten hat, ſo iſt er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls ſein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt. — Auch wenn derſelbe den Auftrag ablehnt, iſt er ſchuldig, die mit dem Auftrage etwa überſandten Waaren auf Koſten des Auftraggebers, ſoweit er für dieſelben gedeckt iſt und ſoweit es ohne ſeinen Nachtheil geſchehen kann, einſtweilen vor Schaden zu bewahren. — Das Handelsgericht kann auf ſeinen Antrag verordnen, daß das Gut in einem öffentlichen Lagerhauſe oder bei einem Dritten ſo lange niedergelegt wird, bis der Eigenthümer anderweitige Vorkehrung trifft."

Der Nürnberger Entwurf zweiter Leſung hat (Art. 301) hinter den

treffen kann, verpflichtet, das überſendete Gut auf Koſten des Bittſtellers vor Schaden zu bewahren, oder die Vorkehrung des Handelsgerichtes oder des Bezirksgerichtes, wenn am Orte kein Handelsgericht beſteht, dazu anzuſuchen.

3. Pflichten des Commiſſionärs.

A. Im Allgemeinen.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 278. Der Commiſſionär muß das Geſchäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Intereſſe des Committenten gemäß dem Auftrage ausführen; er muß von dem Committenten die erforderlichen Anweiſungen einholen und ihm die erforderlichen Nachrichten geben, insbeſondere ſofort nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige machen; er iſt verpflichtet, dem Committenten über das Geſchäft Rechenſchaft zu geben und ihm dasjenige, was er aus dem Geſchäfte für ihn beſitzt, zu überliefern *).

b) Nürnberger Entwurf erſter Leſung.

Art. 304. Der Commiſſionär hat das Geſchäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Intereſſe des Committenten, gemäß dem Auftrage auszuführen; er hat von dem Committenten die erforderlichen Anweiſungen einzuholen und ihm die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbeſondere ſofort nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige zu machen; er iſt verpflichtet, dem Committenten über das Geſchäft Rechenſchaft zu geben und ihm dasjenige, was er aus dem Geſchäfte für ihn beſitzt, zu überliefern.

Worten „etwa überſandten Waaren" im zweiten Alinea des Art. 268 erſter Leſung noch eingeſchaltet: „oder anderen Gegenſtände".

*) Vergl. auch Art. 279. Alinea 1.

Art. 305. Handelt der Commissionär [illegible] Auftrage zuwider, so ist er dem Committenten [illegible] Schadens verpflichtet; der Committent ist [illegible] Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen [illegible] veräußerte Waare von dem Dritten [illegible] rückfordern.

c) Nürnberger Entwurf zweiter [illegible]

Art. 338. Der Commissionär hat das Geschäft [illegible] fall eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse [illegible] gemäß dem Auftrage auszuführen; er hat dem Com[illegible] erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere [illegible] führung des Auftrags davon Anzeige zu machen; [illegible] tet, dem Committenten über das Geschäft Rechenschaft [illegible] ihm dasjenige zu leisten, was er*) aus dem Geschäft [illegible]

Art. 339. Handelt der Commissionär nicht gemäß [illegible] nommenen Auftrage, so ist er dem Committenten [illegible] des Schadens verpflichtet; der Committent ist nicht [illegible] Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen**); er [illegible]

*) Er, der Commissionär. — Ein Mitglied der Conferenz [illegible] hüten, daß die Schlußworte des Art. 304 erster Lesung: „dasjenige [illegible] aus dem Geschäfte für ihn besitzt, zu überliefern", nur auf körperlich [illegible] bezogen würden, und beantragte deshalb die Fassung, welcher der [illegible] bestimmung des Art. 338 zweiter Lesung zu Theil geworden ist. [illegible] Nr. 143.) Diese Schlußbestimmung legt daher im Allgemeinen dem [illegible] teuten die auch aus Art. 345 (sub No. 6. lit. d.) sich ergebende Befugniß [illegible] von dem Commissionär Abtretung der Klage gegen den Dritten zu [illegible] (Cf. Th. I. dieser Schrift, §. 8. a. E.) Daß aber diese Befugniß, [illegible] der Commissionär ein rechtliches Interesse daran hat, die actio directa [illegible] den Dritten zu behalten, cessiren muß oder nur gegen Sicherstellung [illegible] Abfindung des Commissionärs ausgeübt werden kann (vergl. Treitschke §§ [illegible] und 22), versteht sich von selbst und folgt auch aus Art. 351 zweiter Lesung (sub No. [illegible] lit. F. c.).

[illegible] Commissionär blos darin gefehlt, daß er theurer ein- oder [illegible] at, als vom Committenten bestimmt worden, und erbietet [illegible] enz aus eigener Tasche zu bezahlen, so muß der Committent

Waare von dem dritten redlichen Besitzer nicht zurück-

*)

beim Waaren-Ein- und Verkauf im Falle eines Limitos.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 279. Handelt der Commissionär nicht gemäß dem übereinen Auftrage, so ist er dem Committenten zum Ersatze Schadens verpflichtet und der Committent nicht gehalten, das äft für seine Rechnung gelten zu lassen.

Hat der Commissionär unter dem auftraggemäßen oder in Erelung eines solchen unter dem laufenden Preise verkauft, so er den Unterschied vergüten; hat er beim Einkauf den aufemäßen oder in Ermangelung eines solchen den laufenden überschritten, so kann der Committent den Einkauf als nicht seine Rechnung geschehen zurückweisen, wenn nicht der Comonär den Unterschied deckt.

Die vorstehenden Bestimmungen erleiden eine Ausnahme, der Commissionär beweist, daß das Geschäft nicht gemäß Auftrage ausgeführt werden konnte, und die Unterlassung Committenten unzweifelhaft Schaden verursacht haben würde.

b) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 306. Hat der Commissionär unter dem ihm gesetzten reise verkauft, so muß er dem Committenten den Unterschied im reise vergüten, falls er nicht beweist, daß der Committent durch den vorgenommenen Verkauf keinen Schaden oder nur einen geringeren erlitten hat.

---

das Geschäft gelten lassen. Art. 340. 341. Dies ist bestehenden Rechtens. (Nach §. 113.) Vergl. auch Anm. zu Art. 340.

auch dann nicht, wenn der Commissionär gegen Verbot auf hat. (N. Prot. Nr. 76.) Diese Bestimmung ist für die Verkehrs durchaus nothwendig, widerspricht jedoch den jetzt en. (Vergl. Treitschke, S. 19, 26. Ellinger, S. 199.)

Art. 307. Hat der Commiſſionär den für den Einkauf geſetzten Preis überſchritten, ſo kann der Committent den Einkauf als nicht für ſeine Rechnung geſchehen zurückweiſen, ſofern nicht der Commiſſionär den Unterſchied deckt und ſich hierzu bei der Einkaufsanzeige erbietet.

Der Committent, welcher den Einkauf als für ſeine Rechnung geſchehen zurückweiſen will, muß dies ohne Verzug auf die Anzeige erklären, widrigenfalls die Ueberſchreitung des Auftrags als genehmigt gilt.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 340. Hat der Commiſſionär unter dem ihm geſetzten Preiſe verkauft, ſo muß er dem Committenten den Unterſchied im Preiſe vergüten.*)

---

*) Die Faſſung des Art. 340 läßt es zweifelhaft: ob er ſich nur auf den Fall bezieht, wo die Waaren dem Commiſſionär bereits überſandt ſind, oder auch auf den, wo dies noch nicht geſchehen. Gewiß iſt, daß, wenn im letztern Falle der Commiſſionär ſich zur Vergütung der Differenz erbietet, der Committent den Verkauf gelten laſſen, die Waare alſo verabfolgen muß. Wie aber, wenn der Commiſſionär ſich nicht dazu erbietet? Kann dann der Committent den Verkauf zurückweiſen oder nicht. Muß, wenn er nach erhaltener Anzeige von dem zu niedrigen Verkaufspreiſe die Waaren ſtillſchweigend dem Commiſſionär überſendet, angenommen werden, daß er den niedrigern Preis genehmigt oder daß die Ueberſendung unter der Vorausſetzung erfolgt: es verſtehe ſich (nach Art. 340) von ſelbſt, daß der Commiſſionär die Differenz zu vergüten habe. Iſt ferner, wenn überhaupt ein Erbieten zur Vergütung der Differenz nothwendig iſt, um den Committenten zur Genehmhaltung des Verkaufs zu zwingen, ein „Anbieten mit der That", d. i ſofortige Zahlung der Differenz, erforderlich?

Nach den jetzt geltenden Rechten, insbeſondere auch nach Deutſchem gemeinem Rechte kann der Committent, wenn der Commiſſionär nicht ſofort die Erſtattung der Differenz anbietet, die noch nicht überſandte Waare zurückhalten und das Geſchäft für ungültig erklären; überſendet er dagegen ſtillſchweigend dem Commiſſionär die Waare, ſo genehmigt er dadurch unzweifelhaft die Ueberſchreitung des Auftrages. Daß die Anbietung der Differenz, wie namentlich Treitſchke §. 7 meint, allemal „mit der That" erfolgen müſſe, iſt gewiß unrichtig. Es kommt auf die jedesmaligen Umſtände an. Hat der Com-

Art. 341. Hat der Commissionär den für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so kann der Committent den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen, sofern sich der Commissionär nicht zugleich mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbietet.

Der Committent, welcher den Einkauf als nicht für seine Rechnung geschehen zurückweisen will, muß dies ohne Verzug auf die Einkaufsanzeige erklären, widrigenfalls die Ueberschreitung des Auftrags als genehmigt gilt.

C. Bei Empfang des Commissionsgutes in beschädigtem Zustande.*)

a) Preußischer Entwurf.

Art. 280. Wenn das Gut, welches dem Commissionär zugesandt wird, bei der Ablieferung sich in einem mangelhaften

missionär verabredetermaßen den Erlös erst später einzusenden, so genügt auch das bloße vorläufige Erbieten zur Erstattung der Differenz.

Nach dem strengen Wortlaut des Art. 340 ist anzunehmen, daß der Committent auch dann, wenn er nicht Vergütung der Differenz angeboten erhält, den Verkauf genehmhalten, die Waare also übersenden muß und sich nur wegen der Differenz an den Commissionär halten kann, daß daher auch in der stillschweigenden Zusendung der Waare eine Genehmhaltung des zu niedrigen Preises nicht gefunden werden darf.

Ferner fragt es sich: ob Art. 340 auch die Vindicationsklage des Committenten gegen den unredlichen Käufer ausschließt, welche doch von Art. 339 (per argum. a contr.) im Allgemeinen gestattet wird.

Die Materialien (Nürnb. Prot. Nr. 76 und 143) geben über diese Punkte keinen genügenden Aufschluß.

*) Endemann p. 139 hält die unter dieser Ueberschrift folgenden Bestimmungen für überflüssig, weil sich dieselben aus der Pflicht des Commissionärs, die möglichste Sorgfalt bei Ausführung der Commission zu prästiren, ganz von selbst ergeben sollen. Darüber kann denn doch noch gestritten werden. Bei der Verkaufscommission hat der Commissionär zunächst nur für den möglichst vortheilhaften Verkauf zu sorgen und hierauf seine diligentia zu richten. Daß er sie auch auf Wahrnehmung der Rechte des Committenten gegen den Ueberbringer der Waare auszudehnen hat, folgt keineswegs aus dem Begriffe der Verkaufscommission, beruht vielmehr lediglich auf einem Zweckmäßigkeitsgrunde. Die Bestimmungen des Entwurfs erscheinen uns daher durchaus nicht entbehrlich.

Zustande befindet, so muß der Commissionär die Rechte gegen den Frachtführer wahren, für den Beweis des mangelhaften Zustandes sorgen und dem Committenten ohne Verzug Nachricht geben.

Im Unterlassungsfalle kann er sich auf den mangelhaften Zustand des Guts gegen den Committenten nicht berufen.

Er kann die Feststellung des Zustandes durch Sachverständige und in geeigneten Fällen den öffentlichen Verkauf veranlassen (Art. 264).

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 142. Der Commissionär hat die ihm überschickten Güter bei der Uebernahme hinsichtlich ihrer äußeren Beschaffenheit in jedem Falle, wenn aber die Umstände Abgänge oder innere Beschädigungen vermuthen lassen, auch hinsichtlich ihres inneren Zustandes zu untersuchen. Alle hiebei, oder wenn die Entdeckung bei der Uebernahme nicht möglich war, in der Folge wahrgenommenen Mängel, ist er verpflichtet gerichtlich erheben zu lassen, oder für die Erlangung anderer, den Umständen entsprechender Beweismittel zu sorgen und für die Ersatzansprüche seines abwesenden Committenten nach Möglichkeit Sicherstellung zu bewirken.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 308. Wenn das Gut, welches dem Commissionär zugesandt wird, bei der Ablieferung sich in einem äußerlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande befindet, so muß der Commissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Seeschiffer wahren, für den Beweis des mangelhaften Zustandes sorgen und dem Committenten ohne Verzug Nachricht geben.

Im Unterlassungsfalle ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.

Er kann die Feststellung des Zustandes durch Sachverständige und in geeigneten Fällen den Verkauf veranlassen. (Art. 285 und 291.)

d) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 342. Wenn das Gut, welches dem Commiſſionär zugeſandt wird, bei der Ablieferung ſich in einem äußerlich erkennbar beſchädigten oder mangelhaften Zuſtande befindet, ſo muß der Commiſſionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer wahren, für den Beweis jenes Zuſtandes ſorgen und dem Committenten ohne Verzug Nachricht geben.

Im Unterlaſſungsfalle iſt er für den daraus entſtandenen Schaden verantwortlich.

Er kann den Zuſtand durch Sachverſtändige feſtſtellen laſſen, und wenn das Gut dem Verderben ausgeſetzt und Gefahr im Verzuge iſt, unter Beobachtung der Beſtimmungen des Art. 320 den Verkauf des Guts bewirken.

D. Bei der Aufbewahrung des Commiſſionsgutes.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 282. Für Verluſt oder Beſchädigung des Guts iſt der Commiſſionär, während er Aufbewahrer deſſelben iſt, verantwortlich, wenn er nicht beweiſt, daß er Verluſt oder Beſchädigung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht würde haben abwenden können.

b) Revidirter Oeſterreichiſcher Entwurf.

§. 143. Der Commiſſionär iſt verpflichtet, die ihm zugekommene Waare des Committenten mit unveränderter Bezeichnung in abgeſonderter Verwahrung zu halten und Rechnung darüber zu führen, bis er den ihm ertheilten Auftrag vollzogen hat.

c) Nürnberger Entwurf erſter Leſung.

Art. 310. Für Verluſt oder Beſchädigung des Guts iſt der Commiſſionär, während er Aufbewahrer deſſelben iſt, verantwortlich, wenn er nicht beweiſt, daß der Verluſt oder die Be-

ſchädigung durch Umſtände herbeigeführt iſt, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten.

Zur Verſicherung des Guts gegen Feuersgefahr iſt er in ſoweit berechtigt und verpflichtet, als ordentliche Kaufleute unter den obwaltenden Umſtänden in ihren eigenen Geſchäften Verſicherung zu nehmen pflegen.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 344. Für Verluſt oder Beſchädigung des Guts iſt der Commiſſionär, während er Aufbewahrer deſſelben iſt, verantwortlich, wenn er nicht beweiſt, daß der Verluſt oder die Beſchädigung durch Umſtände herbeigeführt iſt, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten.

Der Commiſſionär iſt wegen Unterlaſſung der Verſicherung des Guts nur dann verantwortlich, wenn er von dem Committenten den Auftrag zur Verſicherung erhalten hat.

E. Bei der Anweiſung, das Commiſſionsgut zur Verfügung eines beſtimmten Empfängers zu halten.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 286. Der Commiſſionär, welcher von dem Committenten die Anweiſung erhalten hat, das Gut zur Verfügung eines beſtimmten Empfängers zu halten, beſitzt daſſelbe ſogleich nach dem Empfange für dieſen und wird demſelben verantwortlich, wenn er deſſen Rechte durch Befolgung einer ſpäteren Anweiſung des Committenten gefährdet.

Iſt die Anweiſung an eine Bedingung geknüpft, ſo kommt die vorſtehende Beſtimmung mit dem Zeitpunkte zur Geltung, in welchem dieſe Bedingung erfüllt iſt.

b) Nürnberger Entwurf erſter Leſung.

Art. 314. Der Commiſſionär, welcher von dem Committenten die Anweiſung erhalten hat, das Gut zur Verfügung eines

bestimmten Empfängers zu halten, darf in Beziehung auf das Gut nur noch den Anweisungen des Dritten Folge leisten, sobald er demselben von dem erhaltenen Auftrage Mittheilung gemacht hat; er ist ihm verantwortlich, wenn er dessen Rechte durch Befolgung einer späteren Anweisung des Committenten gefährdet.

Ist die Anweisung an eine Bedingung geknüpft, so kommt die vorstehende Bestimmung mit dem Zeitpunkte zur Geltung, in welchem diese Bedingung erfüllt ist.

F. Bei dem Auftrage zum Ankauf eines Wechsels.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 291. Ein Commissionär, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, ist, wenn ein Anderes nicht bedungen ist, verpflichtet, den Wechsel regelmäßig und ohne Vorbehalt*) zu indossiren.

b) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 319. Ein Commissionär, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, ist, wenn er den Wechsel indossirt, verpflichtet, denselben regelmäßig und ohne Vorbehalt zu indossiren**).

---

*) Es ist darunter ein Vorbehalt gemeint, welcher die wechselmäßige Verhaftung des Commissionärs ausschließt. Motive zu Art. 291.

**) Dieser Artikel weicht von dem Art. 291 des Preuß. Entwurfs sehr erheblich ab, denn er giebt — was Art. 291 nicht thut — dem Commissionär auch die Befugniß, dem Committenten Wechsel einzusenden, die mit einem Blanco-Indossamente oder mit einem unmittelbar auf den Committenten lautenden Giro des Wechselverkäufers versehen sind, läßt ihm also die Wahl, ob er selbst indossiren will oder nicht. Uebrigens bezieht sich der Art. 319 gleich dem Art. 291 sowohl auf den Fall, wo der Auftrag lediglich auf den Ankauf von Wechseln gerichtet ist, als auch auf denjenigen, in welchem gelegentlich eines andern Geschäfts ein solcher Auftrag vorkommt, z. B. wenn bei einer Verkaufscommission der Committent den Commissionär anweist, den Kaufpreis in Wechseln einzusenden. Ob, wenn der Commissionär selbst den eingekauften Wechsel an den Committenten (ohne Vorbehalt) girirt hat, dies

c) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 350. Gleichlautend mit Art. 319 der erſten Leſung.

G. Beim Creditgeben.

Revidirter Oeſterreichiſcher Entwurf.

§. 146. Hat der Commiſſionär, wenn gleich mit Bewilligung des Committenten auf Borg verkauft, ſo haftet er doch für ein bei der Ausführung des Geſchäftes begangenes Verſchulden; er iſt unter gleicher Haftung verpflichtet, die Perſonen der Schuldner dem Committenten ſogleich anzuzeigen*) und die Einbringung der Ausſtände für Rechnung und auf Koſten deſſelben zu beſorgen.

4. Befugniſſe des Commiſſionärs.

A. Bei zu befürchtender Entwerthung des Commiſſionsgutes und bei ausbleibender Verfügung des Committenten über das Commiſſionsgut.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 281. Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche deſſen Entwerthung befürchten laſſen, und iſt keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Committenten einzuholen, oder iſt der Committent in der Ertheilung der Verfügung ſäumig, ſo kann der Vorſitzende des Handelsgerichts auf den Antrag des Commiſſionärs den öffentlichen Verkauf des Gutes verordnen. (Art. 264.)

Indoſſament eine blos formelle wechſelmäßige Haftung begründet, ob dem Commiſſionär alſo geſtattet iſt, dem Committenten gegenüber etwaige Einreden aus dem Commiſſionsverhältniſſe, z. B. den Einwand, daß er für den Wechſel nicht zu haften brauche, weil er bei deſſen Ankauf die gehörige Sorgfalt angewendet habe, geltend zu machen, oder aber ob das gedachte Indoſſament dem Commiſſionär die volle del-credere-Haftung auferlegt und ihm dagegen auch einen Anſpruch auf del-credere-Proviſion giebt, iſt nach den jedesmaligen Umſtänden zu ermeſſen. (Nürnb. Prot. Nr. 80.) Endlich iſt zu bemerken, daß nicht nur der Art. 291 des Preuß. Entw., ſondern auch der Art. 319 des Nürnb. Entw. gegen die jetzt herrſchende Theorie iſt. Treitſchke S. 27. Ellinger, S. 158.

*) Vergl. Th. I. dieſer Schrift. §§. 7 u. 11. Nr. 9.

Ein gleiches Verfahren findet auf den Antrag des Commissionärs in allen andern Fällen statt, in welchen der Committent über die anvertrauten oder angekauften Gegenstände zu verfügen unterläßt, obwohl er hierzu nach Lage der Sache verpflichtet ist.

b) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art 309. Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Committenten einzuholen, oder ist der Committent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Commissionär den Verkauf des Guts veranlassen. (Art. 285.)

Ein gleiches Recht hat der Commissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Committent über die anvertrauten oder angekauften Gegenstände zu verfügen unterläßt, obwohl er hiezu nach Lage der Sache verpflichtet ist.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 343. Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Committenten einzuholen, oder der Committent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Commissionär unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 320 den Verkauf des Guts veranlassen.

Ein gleiches Recht hat der Commissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Committent, obwohl hiezu nach Lage der Sache verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt.

B. Inwiefern er Credit gewähren darf.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 287. Der Commissionär, welcher ohne Einwilligung des Committenten einem Dritten Vorschüsse macht oder Credit giebt, thut dies auf eigene Gefahr.

Inſoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geſchäfts das Creditgeben mit ſich bringt, iſt in Ermangelung einer andern Beſtimmung des Committenten auch der Commiſſionär dazu berechtigt.

Hat der Commiſſionär unbefugt auf Credit verkauft, ſo hat er dem Committenten, welcher dies nicht genehmigt, ſofort als Schuldner des Kaufpreiſes die Zahlung zu leiſten. Beweiſt der Commiſſionär, daß beim Verkauf gegen baar der Preis ein geringerer geweſen ſein würde, ſo hat er nur dieſen, keinenfalls aber einen geringern als den auftraggemäßen Preis zu vergüten.

b) Nürnberger Entwurf erſter Leſung.

Art. 315. Der Commiſſionär, welcher ohne Einwilligung des Committenten einem Dritten Vorſchüſſe macht oder Credit gibt, thut dies auf eigene Gefahr.

Inſoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geſchäfts die Gewährung von Vorſchüſſen auf erkaufte Waare oder das Creditiren des Kaufpreiſes mit ſich bringt, iſt in Ermangelung einer andern Beſtimmung des Committenten auch der Commiſſionär dazu berechtigt.

Hat der Commiſſionär unbefugt auf Credit verkauft, ſo hat er dem Committenten, welcher dies nicht genehmigt, ſofort als Schuldner des Kaufpreiſes die Zahlung zu leiſten Beweiſt der Commiſſionär, daß beim Verkauf gegen baar der Preis ein geringerer geweſen ſein würde, ſo hat er nur dieſen, keinenfalls aber einen geringeren als den auftraggemäßen Preis zu vergüten.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 346. Der Commiſſionär, welcher ohne Einwilligung des Committenten einem Dritten Vorſchüſſe macht oder Credit giebt, thut dies auf eigene Gefahr.

Inſoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geſchäfts das Creditiren des Kaufpreiſes mit ſich bringt, iſt in Ermange-

lung einer andern Bestimmung des Committenten auch der Commissionär dazu berechtigt.

Hat der Commissionär unbefugt auf Credit verkauft, so hat er dem Committenten, welcher dies nicht genehmigt, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten.*) Beweist der Commissionär, daß beim Verkauf gegen baar der Preis ein geringerer gewesen sein würde, so hat er nur diesen, keinenfalls aber einen geringeren als den auftraggemäßen Preis zu vergüten.

c. Anspruch auf die Differenz zwischen dem Limito und dem wirklichen Ein- oder Verkaufspreise.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 290: Der Commissionär hat auf den Vortheil keinen Anspruch, welcher dadurch entsteht, daß der Preis, für welchen er verkauft, den von dem Committenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt, oder daß der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Committenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 144. Bei Verkaufs- oder Einkaufs-Commissionen ist der Commissionär, selbst wenn der Committent über den niedrigsten Verkaufs- oder höchsten Einkaufs-Preis, welchen er zugestehen will, eine Bestimmung getroffen hat, nicht berechtiget, sich hieraus

*) Der Committent kann aber auch, wenn er dem Commissionär die Waare noch nicht übersandt hat, dieselbe zurückhalten und den ganzen Verkauf zurückweisen. Art. 339. Sendet er die Waare auf erhaltene Anzeige, daß der Verkauf auf Credit geschlossen sei, dem Commissionär ohne Vorbehalt zu, so genehmigt er stillschweigend das Creditiren des Kaufpreises und der Commissionär wird von der Verbindlichkeit, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten, frei; denn diese Verpflichtung trifft ihn nach dem Wortlaut des Art. 340 nur dann, „wenn der Committent das Creditiren nicht genehmigt". (Vergl. übrigens den Art. 340, welcher den Commissionär im dort gedachten Falle schlechthin verantwortlich macht.) Ein Rückforderungsrecht in Betreff der auf Credit verkauften Waaren steht dem Committenten gegen den redlichen Dritten niemals zu. Art. 339 nebst zweiter Anmerk.

einen Vortheil zuzuwenden, sondern verpflichtet, jenen Preis, welchen er wirklich erlangt oder bestritten hat, zu verrechnen.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 318. Wenn der Commissionär zu vortheilhafteren Bedingungen abschließt, als sie ihm vom Committenten gestellt worden, so kommt der Vortheil Letzterem allein zu Statten.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Commissionär verkauft, den vom Committenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt, oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den vom Committenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht *).

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 349. Gleichlautend mit Art. 318 erster Lesung.

D. Befugniß zum Eintritt als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 294. Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, welche am Orte des Commissionärs einen Börsencours oder einen amtlich festgestellten Marktpreis haben, ist der Commissionär, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten.

Es wird angenommen, daß der Commissionär von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, wenn er nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als den Käufer oder Verkäufer namhaft macht.

In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft zu geben, insoweit dies die Abschließung des Kaufs oder

*) Vergl. Th. I dieser Schrift §. 6.

Verkaufs betrifft, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsencours oder der Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. Der Commissionär hat zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers oder Verkäufers, er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt.

Wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags abgegangen ist, so kann sich der Commissionär der Befugniß, selbst zu kaufen oder zu verkaufen, nicht mehr bedienen.

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 145. Will der Commissionär die zu verkaufende Waare selbst kaufen oder die zu erkaufende von seinem eigenen Vorrathe liefern, so muß er hiezu die Zustimmung des Committenten einholen. Ist diese nicht erfolgt, so ist er nicht nur für allen Nachtheil verantwortlich, sondern nach der Wahl des Committenten, die Zurücksetzung in die vorige Lage zu leisten schuldig, der gesetzlichen (§. 137) oder der bedungenen Belohnung verlustig, diese möge bereits bezahlt sein oder nicht.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 322. Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Effekten, welche am Orte des Commissionärs einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Commissionär, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten.

In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der

Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. Der Commissionär hat zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers oder Verkäufers.

Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt. Ob und in welchem Umfange die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnet werden können, entscheidet der Ortsgebrauch.

Wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags behufs ihrer Absendung abgegeben ist, so kann sich der Commissionär der Befugniß, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, nicht mehr bedienen.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 353. Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben*), ist der Commissionär, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten **).

In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der

*) Die im Art. 322 erster Lesung hinter „welche" und vor „einen Börsenpreis" stehenden Worte: „am Orte des Commissionärs" sind bei der zweiten Lesung gestrichen worden in der Absicht, „eine etwas freiere Auffassung, namentlich die Rücksichtnahme auf den in einem gewissen Umkreise in der Umgebung des Commissionärs bestehenden Marktpreis" möglich zu machen, und in der Erwägung, „daß eine richtige Interpretation von selbst dahin führen werde, daß eine Berufung auf einen an weit entfernten Orten bestehenden Marktpreis die Anwendung des Artikels nicht rechtfertige". Nürnb. Prot. Nr. 146.

**) Vergl. Th. I dieser Schrift §. 6.

Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten ist. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnen.

Macht der Commissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Committent befugt, den Commissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Art. 354. Wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionär eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags behufs ihrer Absendung abgegeben ist, so kann sich der Commissionär der Befugniß, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, nicht mehr bedienen.

E. Anspruch auf Ersatz der Auslagen und auf Provision.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 289. Der Committent ist schuldig, dem Commissionär seine Verwendungen zu ersetzen. Zu diesen gehört auch der Preis für die Benutzung des Lagers und der Geräthe des Commissionärs und der Arbeit seiner Leute. Für die Auslagen kann der Commissionär Zinsen seit dem Tage rechnen, an welchem er die Auslagen gemacht hat.

Das Recht des Commissionärs auf die ortsübliche Provision entsteht mit dem Abschlusse des Geschäfts; für Geschäfte, welche nicht zum Abschluß gekommen sind, kann eine Provision nicht gefordert werden.

Jedoch hat der Commissionär das Recht auf die Auslieferungs-Provision, sofern eine solche ortsüblich ist, wenn er das ihm zum Verkauf übergebene Gut in Folge des Widerrufs des Auftrags oder eines Verschuldens oder Zufalls auf Seiten des Committenten zurückgeben muß *).

*) Vergl. den unter der Rubrik: „Allgemeine Bestimmungen über Handels-

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht (Art. 288), ist zu der ortsüblichen höheren Provision berechtigt. Er hat darauf keinen Anspruch, wenn er unmittelbar gegen baar veräußert hat.

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 137. Als Belohnung (Provision), welche dem Commissionär gebührt, können für den Fall, daß kein Uebereinkommen getroffen wurde, für Waaren-Einkaufs-, sowie Verkaufs-Commissionen zwei vom Hundert, für andere Geschäfte ein Drittheil vom Hundert des Betrages des Geschäftes, wenn aber der Commissionär in einem Geschäfte die Haftung für den Schuldner (§. 147) auf sich genommen hat, das Doppelte dieser Gebühren gefordert werden. Zu dem Betrage des Geschäftes, von welchem die Provision zu berechnen ist, gehören auch die von dem Commissionär verwendeten Kosten (§. 139).

§. 138. Ist das aufgetragene Geschäft nicht zu Stande gekommen, so gebührt dem Commissionär für seine Bemühung keine Provision, wohl aber hat er einen seiner Bemühung angemessenen Theil derselben dann anzusprechen, wenn der Auftrag aus Schuld des Committenten, oder darum unerfüllt bleibt, weil diesen ein Zufall getroffen hat.

§. 139. In jedem Falle gebührt dem Commissionär die Erstattung alles dessen, was er zum Vollzuge des Geschäftes an Vorschüssen, Lagerzins, Sensarie, Frachtlohn, Briefporto und

---

geschäfte" befindlichen Art. 227. „Ein Kaufmann, welcher durch Ausübung seines Handelsgewerbes einem Kaufmann oder Nichtkaufmann Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung ortsübliche Provision, und wenn es sich um Aufbewahrung handelt, zugleich auch Lagergeld nach den am Orte gewöhnlichen Sätzen fordern. — Von den Vorschüssen, welche ein Kaufmann bei Gelegenheit eines demselben ertheilten Auftrages macht, ist er vom Tage der Verwendung Zinsen zu fordern berechtigt."

andern baaren Auslagen, oder überhaupt aus seinem Eigenthume nothwendig oder nützlich aufgewendet hat.

§. 140. Hat der Commissionär die Besorgung eines bestimmten Geschäftes, mit welchem Auslagen verbunden sind, ohne sich einen Vorschuß zu bedingen, übernommen, so ist er auch verpflichtet, dieselben vorzustrecken, wenn nicht eine solche Veränderung der Umstände eintritt, durch welche der Committent gegründeter Weise des Vertrauens verlustig wird.

§ 141. Der Commissionär ist berechtigt, für alle Vorschüsse zur Besorgung aufgetragener Handelsgeschäfte von dem Zeitpunkte angefangen, in welchem sie geleistet wurden, Zinsen in dem durch den §. 995. allg. bürg. G. B. bestimmten Maße anzurechnen.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 317. Der Committent ist schuldig, dem Commissionär zu ersetzen, was dieser an baaren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat. Hiezu gehört auch der Preis für die Benützung des Lagers und der Geräthe des Commissionärs und der Arbeit seiner Leute.

Das Recht des Commissionärs auf die Provision in dem ortsüblichen Betrage entsteht, sobald das Geschäft zur Ausführung gekommen ist*).

Für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, kann eine Provision nicht gefordert werden; jedoch hat der Commissionär das Recht auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsüblich ist.

*) Vergl. den unter der Rubrik: „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte" befindlichen Art. 248. „Ein Kaufmann, welcher in Ausübung des Handelsgewerbes einem Kaufmann oder Nichtkaufmann Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung ortsübliche Provision und wenn es sich um Aufbewahrung handelt, zugleich auch Lagergeld nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen fordern. — Von seinen Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen kann er vom Tage ihrer Leistung oder Beschaffung an gerechnet Zinsen in Ansatz bringen."

d) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 348. Der Committent iſt ſchuldig, dem Commiſſionär zu erſetzen, was dieſer an baaren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geſchäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat. Hiezu gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Commiſſionärs und der Arbeit ſeiner Leute.

Der Commiſſionär hat die Proviſion zu fordern, wenn das Geſchäft zur Ausführung gekommen iſt. Für Geſchäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen ſind, kann eine Proviſion nicht gefordert werden; jedoch hat der Commiſſionär das Recht auf die Auslieferungsproviſion, ſofern eine ſolche ortsüblich iſt *).

F. Pfandrecht des Commiſſionärs.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 292. Der Commiſſionär hat an dem ihm anvertrauten oder von ihm angekauften oder beſorgten Gute wegen der auf daſſelbe verwendeten Koſten, gegebenen Vorſchüſſe oder Darlehne, wegen der Proviſion und wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung im Commiſſionsgeſchäft ein Pfandrecht, ſofern er das Gut noch in ſeiner Gewahrſam, oder die Connoſſemente, Frachtbriefe oder Lagerſcheine darüber noch in Händen hat, oder ſonſt noch in der Lage iſt, darüber verfügen zu können.

---

*) Vergl. den unter der Rubrik: „Allgemeine Beſtimmungen über Handelsgeſchäfte“ befindlichen Art. 273. „Ein Kaufmann, welcher in Ausübung des Handelsgewerbes einem Kaufmanne oder Nichtkaufmanne Geſchäfte beſorgt oder Dienſte leiſtet, kann dafür auch ohne vorherige Verabredung Proviſion, und wenn es ſich um Aufbewahrung handelt, zugleich auch Lagergeld nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen fordern. — Von ſeinen Darlehen, Vorſchüſſen, Auslagen und andern Verwendungen kann er, vom Tage ihrer Leiſtung oder Beſchaffung an, Zinſen in Anſatz bringen. Dies gilt insbeſondere auch von dem Commiſſionär und Spediteur.“

Der Commiſſionär zum Verkauf kann für ſich die vorſtehend erwähnten Forderungen aus dem ausſtehenden Kaufpreiſe vorzugsweiſe vor den Gläubigern des Committenten befriedigen.

b) Nürnberger Entwurf erſter Leſung.

Art. 320. Der Commiſſionär hat an dem ihm anvertrauten oder von ihm angekauften Gute wegen der auf daſſelbe verwendeten Koſten, gegebenen Vorſchüſſe oder Darlehen, ingleichen wegen der Proviſion und wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung im Commiſſionsgeſchäfte ein Pfandrecht, ſofern er das Gut noch in ſeiner Gewahrſam, oder die Connoſſemente, Ladeſcheine oder Lagerſcheine darüber noch in Händen hat, oder ſonſt noch in der Lage iſt, darüber zu verfügen.

Der Commiſſionär kann ſich für die vorſtehend erwähnten Anſprüche aus den durch das Commiſſionsgeſchäft begründeten und noch ausſtehenden Forderungen vorzugsweiſe vor den Gläubigern des Committenten befriedigen.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Leſung.

Art. 351. Der Commiſſionär hat an dem Commiſſionsgute, ſofern er daſſelbe noch in ſeinem Gewahrſam hat oder ſonſt, insbeſondere mittelſt der Connoſſemente, Ladeſcheine oder Lagerſcheine noch in der Lage iſt, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Koſten, wegen der Proviſion, wegen der rückſichtlich des Guts gegebenen Vorſchüſſe und Darlehen, wegen der rückſichtlich deſſelben gezeichneten Wechſel oder in anderer Weiſe eingegangenen Verbindlichkeiten, ſowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commiſſionsgeſchäften *).

*) Das geſetzliche Pfandrecht des Commiſſionärs iſt neu. Nach Deutſchem gem. Recht hat der Commiſſionär ein bloßes Retentionsrecht und auch nur bei der Verkaufscommiſſion und blos wegen der Speſen und Provi-

Der Commissionär kann sich für die vorstehend erwähnten Ansprüche aus den durch das Commissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Committenten und dessen Gläubigern befriedigen.

G. Befugnisse des Commissionärs; wenn der Committent in Verzug geräth.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 293. Ist der Committent in Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge, so kann, wenn der Commissionär mit dem schriftlichen Gesuche die erforderlichen Beweismittel vorlegt, der Vorsitzende des Handelsgerichts behufs der Befriedigung des Commissionärs den öffentlichen Verkauf der anvertrauten oder angekauften Sachen oder eines Theils derselben verordnen.

b) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 321. Ist der Committent in Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge, so kann das Handelsgericht, wenn der Commissionär mit einem schriftlichen Gesuche die erforderlichen Bescheinigungsmittel vorlegt, behufs der Befriedigung des Commissionärs den öffentlichen Verkauf der anvertrauten oder angekauften Sachen oder eines Theils derselben verordnen.

Auch kann der Commissionär selbst den Verkauf derselben veranlassen (Art. 285); er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Committenten.

---

sion, nicht wegen der Vorschüsse (Treitschke, S. 50, 51, 67, 69, 89. Pöhls, S. 266). Nach Preuß. Recht hat zwar der Ein- wie der Verkaufscommissionär ein Retentionsrecht wegen aller seiner aus dem Mandatsverhältnisse herrührenden Forderungen (§. 83, I, 13. L.-R.), ein Pfandrecht aber steht nur dem Kaufmann als Commissionär zu. Conc.-Ord. v. 8. Mai 1855. §. 33. Nr. 8.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 352. Ist der Committent in Erfüllung der in dem vorigen Artikel bezeichneten Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge, so ist der letztere berechtigt, sich unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 290 aus dem Commissionsgute bezahlt zu machen; er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Concursmasse des Committenten.

5) Uebernahme des „del credere".

a) Preußischer Entwurf.

Art. 288. Der Commissionär steht für die Zahlung oder für die Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten ein (del credere), wenn dies von ihm übernommen oder an seinem Orte Handelsgebrauch ist.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dem Committenten für die Zahlung oder für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich verhaftet.

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 147. Hat der Commissionär die Haftung auf sich genommen, oder ist die Provision nach einem höheren, als im §. 137 bestimmten Ausmaße bedungen worden, so ist er, wenn keine andere Verabredung getroffen wurde, dem Committenten für die Befriedigung als Bürge und Zahler verantwortlich.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.

Art. 316. Der Commissionär steht für die Zahlung oder für die Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten ein (del credere), wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dem Committenten für die Zahlung oder für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich in soweit verhaftet, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dafür zu einer Vergütung berechtigt.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 347. Der Commissionär steht für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten ein (del credere), wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dem Committenten für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich in soweit verhaftet, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.

Der Commissionär, welcher für seinen Contrahenten einsteht, ist dafür zu einer Vergütung berechtigt.*)

6) Eigenthumserwerb des Committenten; Rechtsverhältniß desselben zu dritten Personen.

a) Preußischer Entwurf.

Art. 283. Geldsummen in Metallgeld oder Papiergeld, welche der Commissionär von dem Committenten oder für denselben empfängt, gehen in das Eigenthum des Commissionärs über und dieser wird Schuldner solcher Summen.

Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine entgegengesetzte Verabredung und die Erfordernisse vorliegen, an welche die Erhaltung des Eigenthums an Gelde geknüpft ist.

*) Cf. Th. I. dieser Schrift §. 11.

Art. 284. Der Commissionär, welcher eine Einkaufs-Commission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guts dem Committenten in dem Zeitpunkte, in welchem der Commissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er das Geschäft für seine eigene Rechnung geschlossen hätte.

Jedoch geht das Eigenthum an vertretbaren Sachen erst dann auf den Committenten über, wenn sie mit hinreichender Bezeichnung ausgesondert oder an den Committenten abgesendet sind.

Art. 285. Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Commissionär abgeschlossen hat, kann der Committent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniß zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten.

b) Revidirter Oesterreichischer Entwurf.

§. 148. Forderungen aus einem Geschäfte, bei dessen Besorgung der Commissionär im eigenen Namen eingeschritten ist, gehen in jedem Falle erst durch Rechtsabtretung auf den Committenten über.

§. 149. Werden Aufträge zum Einkaufe auf den Namen des Machtgebers vollzogen, so erwirbt dieser das Eigenthum der seinem Bestellten übergebenen Waaren. Hat aber der Commissionär den Kauf auf seinen Namen besorgt, so tritt für ihn hinsichtlich der ihm übergebenen Waaren die im §. 143 festgesetzte Verbindlichkeit ein. — In dem Verhältnisse zu dritten Personen wird in diesem Falle der Commissionär so lange als Eigenthümer der Waare betrachtet, als nicht auf dieselbe ein Merkmal aufgedrückt ist, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß sie ein Eigenthum des Committenten sei, oder überhaupt die Uebergabe an letzteren auf eine der, im allgemeinen bürgerlichen Rechte

(§. 426—429, allg. bürg. G.-B.) oder im §. 39 des gegenwärtigen Gesetzes festgesetzten Arten erfolgt ist.

c) Nürnberger Entwurf erster Lesung.*)

Art. 311. Geldsummen in Metallgeld oder Papiergeld, welche der Commissionär von dem Committenten oder für denselben

---

*) Die Art. 311 und 312, auf welche sich die Nürnb. Prot. Nr. 144, 150 und 172 beziehen (von den correspondirenden Art. 283 und 284 des Preuß. Entwurfs handeln die Prot. Nr. 76 und 77), sind bei der zweiten Lesung gestrichen worden. Für die Streichung des Art. 311 (welche auch Endemann S. 135 sq. verlangt) wurde geltend gemacht: daß die Fälle, in denen dem Commissionär Geld von dem Committenten oder für denselben zugestellt werde, zu verschieden seien, als daß eine einzige Bestimmung nach allen Richtungen hin zutreffen könnte. Denn anders müsse eine Zahlung für Forderungen des Commissionärs, anders das Incassogeschäft, anders eine als Waare gesendete Quantität Geld rücksichtlich des Eigenthumserwerbes, der Tragung der Gefahr u. dergl. beurtheilt werden. Für die Beurtheilung dieser Verhältnisse reichten aber die Grundsätze des Civilrechts aus. (Prot. Nr. 144.) — Die von den Art. 311 und 312 betroffenen Fragen sind der herrschenden Theorie zufolge im Deutschen gemeinen Recht durch nachstehende Sätze entschieden:

a) Die Gefahr der für den Committenten eingekauften Waare geht in dem nämlichen Augenblicke auf den Committenten über, in welchem sie der Commissionär dem Dritten gegenüber auf sich nehmen muß.

Dieser Satz ergiebt sich von selbst daraus, daß der Committent jeden Nachtheil, welcher für den Commissionär durch Ausführung des Auftrages entsteht, schon wegen dieses Auftragsverhältnisses vergüten muß.

Freilich kann es bisweilen zweifelhaft sein, ob der Commissionär die demnächst untergegangene Sache für den Committenten oder für sich selbst gekauft hatte; der Umstand jedoch, daß es oft „ein nur in der Seele des Commissionärs verlaufender, äußerlich ungreifbarer Vorgang ist, ob der Commissionär in eigenem oder fremdem Namen handeln will" und der Committent deshalb ganz in die Hände des Commissionärs gegeben erscheint, kann mit Rücksicht darauf, daß die Commission einmal ein Vertrag auf Treu und Glauben ist, keinesfalls zu dem Satze führen, daß der Commissionär, so lange er nicht die Waare an den Committenten abgesendet, die Gefahr zu tragen oder wenigstens den stricten Beweis zu führen hat, daß er die demnächst untergegangene Waare gerade für den Committenten gekauft habe.

Wenn jedoch der Commissionär die Absendung der Waare an den Committenten schuldbarer Weise verzögert, so muß er vom Augenblicke des Ver-

empfängt, gehen in das Eigenthum des Commissionärs über und dieser wird Schuldner solcher Summen.

---

zugs an für den schädlichen Zufall einstehen, der die Waare betrifft und nicht betroffen haben würde, wenn der Commissionär nicht saumselig gewesen wäre.
(Vergl. Treitschke, S. 41, 42. Endemann, S. 138, 139. Pöhls, S. 258.)

b) Das Eigenthum der eingekauften Waare geht in demjenigen Augenblicke auf den Committenten über, in welchem der Commissionär dasselbe erworben haben würde, wenn er nicht als solcher gekauft hätte.
(Vergl. Treitschke, S. 34. Pöhls, S. 259.)

Ist die für den Committenten bestimmte Quantität Waaren mit andern vermischt, welche für den Commissionär selbst oder für einen zweiten Committenten eingekauft sind, oder ist die nämliche eingekaufte Sache Gegenstand verschiedener Commissionen, so ist es streitig, ob der Committent und der Commissionär, beziehungsweise die verschiedenen Committenten unter einander sich in einer communio incidens befinden, also sofort Miteigenthümer sind, oder ob die Committenten erst dadurch, daß der Commissionär eine Absonderung vornimmt und erklärt, für wen er diesen oder jenen Theil eingekauft habe, resp. zu erkennen giebt, wessen Commission von ihm ausgeführt worden sei, ein Eigenthum an der eingekauften Waare erlangen.
(Ersteres behauptet Treitschke, S. 35, 36; Letzteres Pöhls, S. 259.)

Daß in dem über das Vermögen des Commissionärs eröffneten Concurse die Absicht des Commissionärs, die Waaren für den Committenten einzuthun, sofern dieselbe nicht aus den Umständen erhellt, von dem als Vindicant auftretenden Committenten nachgewiesen werden muß, versteht sich von selbst.
(Vergl. Treitschke, S. 36.)

c) Wenn der Einkaufscommissionär selbst die Waare liefert, geht Gefahr und Eigenthum erst mit der Absendung auf den Committenten über, es sei denn, daß dieser eine gewisse individuell bezeichnete Waare vom Commissionär kaufen zu wollen bereits erklärt hätte.
(Vergl. Treitschke, S. 34, 35, 42. Pöhls, S. 259.)

d) Auch das Geld, welches der Verkaufscommissionär für die Waare einnimmt, wird Eigenthum des Committenten und kann daher, wenn es abgesondert noch vorhanden ist, im Concurse des Commissionärs vindicirt werden.
(Vergl. Treitschke, S. 37.)

Im Oesterreichischen Rechte gelten fast die nämlichen Grundsätze, wie im Deutschen gemeinen Rechte; doch kann jedenfalls nur die unvermengte Waare im Concurse des Commissionärs vindicirt werden, und die vom eigenen Lager des Einkaufscommissionärs gegebene Waare wird in der Regel erst dann, wenn sie der Committent wirklich erhält (§. 429 Ö. B. G.-B.), Eigenthum des Letzteren; es sei denn, daß der Commissionär durch Erklärung auf

Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine entgegengesetzte Verabredung und die Erfordernisse vorliegen, an welche die Erhaltung des Eigenthums an Gelde geknüpft ist.

Art. 312. Der Commissionär, welcher eine Einkaufscommission ausführt, erwirbt das Eigenthum des Guts zunächst für sich; jedoch geht das Eigenthum auf den Committenten in dem Zeitpunkte über, in welchem der Commissionär dem Committenten über den Eigenthumserwerb Anzeige erstattet.

Art. 313. Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Commissionär abgeschlossen hat, kann der Committent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniß zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten.

d) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 345. Forderungen aus einem Geschäft, welches der Commissionär abgeschlossen hat, kann der Committent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

---

eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag gelegt hat, die bestimmte Waare künftig im Namen des Committenten innezuhaben. (§. 427, 428 l. c.)
(Vergl. Ellinger, S. 152, 153.)

Im Preuß. Rechte gilt nur der gemeinrechtliche Grundsatz zu a, weil er eben aus dem Wesen des Mandats folgt.

Dagegen werden die vom Einkaufscommissionär in eigenem Namen eingekauften (ihm übergebenen) Waaren zunächst Eigenthum des Commissionärs und gelangen gleich den vom eigenen Lager desselben offerirten Waaren erst durch einen von dem Commissionär vorgenommenen, den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Uebergabe-Act (§§. 61, 66, 71, I, 7. L.-R.) in das Eigenthum des Committenten. Die vom Verkaufscommissionär eingenommenen Gelder können niemals vom Committenten im Concurse des Ersteren vindicirt werden.
(Vergl. Plen.-Beschl. des Berliner Ob.-Trib. v. 2. Oct. 1848, Entsch. Bd. 17. S. 19; Conc.-Ord. v. 8. Mai 1855. §. 25 nebst Reg.-Mot. S. 38.)

Jedoch gelten ſolche Forderungen, auch wenn ſie nicht abgetreten ſind, im Verhältniß zwiſchen dem Committenten und dem Commiſſionär oder deſſen Gläubigern als Forderungen des Committenten.*)

7) Anwendung der Regeln vom kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte auf andere Commiſſionen.

a) Preußiſcher Entwurf.

Art. 295. Die Beſtimmungen dieſes Titels kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht kaufmänniſcher Commiſſionär iſt, einzelne in den Handelsverkehr einſchlagende Geſchäfte gegen Bezahlung in eigenem Namen für Rechnung eines Auftragebers ausführt.

b) Revidirter Oeſterreichiſcher Entwurf.

§. 150. Die in den §§. 137—149 enthaltenen Beſtimmungen haben auch auf die Fälle, in denen ein Handelsmann

*) Der Art. 345 enthält weder in Bezug auf Deutſches gemeines (vergl. Treitſchke, S. 66) noch auf Oeſterreichiſches (cf. Ellinger, S. 153) oder Preußiſches Recht (cf. Conc.-Ord. v. 8. Mai 1855. §§. 25, 44) etwas weſentlich Neues, da er eben von der Vorausſetzung ausgeht, daß der Commiſſionär in eigenem Namen contrahirt hat. Allerdings enthält er, nachdem durch Verwerfung des Art. 284 des Preuß. Entwurfs rückſichtlich des Eigenthumsübergangs die bisherige Preußiſch-rechtliche Theorie für Preußen aufrecht erhalten worden, in Bezug auf dieſe Theorie eine Inconſequenz. Daß aber, wie Endemann S. 136 meint, der Art. 345 gewiſſermaßen ein juriſtiſches Monſtrum ſei, und daß erſt gelernt werden müſſe, wie A. dem B. gegenüber nicht, wohl aber dem C. gegenüber Inhaber deſſelben Forderungsrechts ſein könne, iſt eine Behauptung, die „mehr als verwundern muß". Ganz abgeſehen davon, daß eben der Art. 345 im Grunde nichts Neues enthält, ſind wir auch anderweit ſchon daran gewöhnt, eine und dieſelbe Forderung verſchiedenen Perſonen gegenüber als bald dem A., bald dem X. zuſtändig zu betrachten. Die cedirte Forderung gilt, ſo lange der debitor cessus nichts von der Ceſſion weiß, dieſem gegenüber als Eigenthum des Cedenten und den Gläubigern des Cedenten gegenüber als Eigenthum des Ceſſionars.

(Vergl. endlich Art. 337. Alinea 2. zweiter Leſung, ſowie die Anmerk. zu Art. 338. ibid.)

ein Handelsgeschäft für einen Andern, nicht als Commissionär, sondern als Bevollmächtigter besorgt (§. 135), mit der Abweichung Anwendung zu finden, daß in solchen Fällen die Provision nicht mit einem höheren Betrage, als der Hälfte des nach dem §. 137 entfallenden Ausmaßes angesprochen werden kann.

c) Nürnberger Entwurf zweiter Lesung.

Art. 355. Die Bestimmungen dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schließt.

8) Fortdauer des Auftrags beim Tode des Committenten.

a) Der Preußische Entwurf verordnet unter der Ueberschrift „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte“:

Art. 228. Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht zur Ausführung von Handelsgeschäften werden durch den Tod dessen, von welchem sie ausgegangen sind, nicht aufgehoben.

b) Der Nürnberger Entwurf erster Lesung verordnet unter der nämlichen Ueberschrift:

Art. 253 Dasselbe, was Art. 228 des Preußischen Entwurfs bestimmt.

c) Der Nürnberger Entwurf zweiter Lesung verordnet unter gleicher Ueberschrift:

Art. 280. Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmanne in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht.

Zweiter Theil.

Ein Rechtsfall aus dem Gebiete der kaufmänniſchen Commiſſionen.

Erſter Abſchnitt.

Unſtreitige Thatſachen.

§. 1. Erſtes Geſchäft.

Am 18. März 1853 beauftragte der Rentier F. zu Berlin den daſigen Kaufmann K. brieflich,

> für ihn ſogleich 50 Wispel Roggen zum höchſten Tagespreiſe auf Lieferung im Monat Juni oder Juli 1853 zu verkaufen.

Noch am nämlichen Tage erhielt Rentier F. von K. folgendes Antwortſchreiben:

> K. habe den Auftrag des Rentier F. dergeſtalt ausgeführt, daß Letzterer 50 Wispel Roggen gegen den Betrag von 44⅛ Thlr. pro Wispel im Juni oder Juli 1853 „nach allen hieſigen (Berliner) Uſancen und den in den Schlußzetteln der vereideten Mäkler ſtipulirten Bedingungen“ zu liefern habe.

Zugleich bemerkte K.,

> daß er bei derartigen Geſchäften, ſie möchten ſich als Verkaufs- oder als Einkaufscommiſſionen darſtellen, dem Rentier F. „für Proviſion und del credere“ ein Prozent, ſowie die Mäkler-Courtage berechnen werde.

Am Schluſſe des K.'ſchen Briefes, in welchem auch eines für Rentier F. auf Zeit abgeſchloſſenen Rüböl-Kaufes gedacht wurde, hieß es:

> Ich erſuche Sie um Ihr Wechſel-Accept auf Höhe von 200 Thlr. per 1. Juni cr. „zur Sicherſtellung der aus den

vorstehenden Geschäften sich etwa ergebenden Differenz. Sollte letztere Summe vor Beendigung der Geschäfte absorbirt sein, so verpflichten Sie Sich zu einer entsprechenden Nachzahlung, widrigenfalls ich zum An- resp. Verkauf der Waaren berechtigt bin."

Rentier F. händigte hierauf dem K. einen Wechsel vom 18. März 1853 über 200 Thlr. aus und erklärte am selbigen Tage schriftlich:

er erkenne an, daß er 50 Wispel Roggen zum Preise von 44⅛ Thlr. „nach allen hiesigen Usancen und den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen" in den Monaten Juni, Juli 1853 „an K." zu liefern habe, und bewillige für die Besorgung derartiger Geschäfte dem K. ein Prozent Provision. Auch verpflichte er sich „den zur Sicherstellung derartiger Geschäfte" deponirten Wechsel vom 18. März 1853 im Betrage von 200 Thlr., wenn diese Summe durch Differenz im Preise absorbirt werden sollte, entsprechend zu erhöhen, widrigenfalls K. zum An- resp. Verkauf des Roggens oder Rüböls berechtigt sein solle."

§. 2. Zweites Geschäft.

Am 26. März 1853 beauftragte Rentier F. den K. mündlich*), für ihn 50 Wispel Roggen zum Preise von 45 Thlr. auf Lieferung per Mai, Juni ejusd. a. zu verkaufen.

K. zeigte ihm am 29. März 1853 schriftlich an:

Der Auftrag sei heut dergestalt ausgeführt, daß Rentier F. 50 Wispel Roggen zum Preise von 45 Thlr. pro Wispel im Mai oder Juni 1853 „nach allen hiesigen Börsen-

*) In der Klage des K. wird irrthümlich der 29. März 1853 als Tag der mündlichen Auftragsertheilung angegeben. Das richtige Datum ergiebt sich aus dem Schreiben des K. vom 29. März 1853.

Uſancen und den in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler ſtipulirten Bedingungen" „an K." zu liefern habe.

Rentier F. händigte einen von ihm acceptirten Wechſel v. 29. März 1853 über 200 Thlr. dem K. aus und ſchrieb demſelben am 30. März 1853:

„Aus Ihrem geſtrigen Briefe bemerkte ich mir, daß Sie in Verfolg meines Ihnen ertheilten Auftrags 50 Wispel Roggen per Mai, Juni d. J. für mich verkauft haben, dergeſtalt, daß ich 50 Wispel Roggen zum Preiſe von 45 Thlr. pro Wispel „nach allen hieſigen Börſen-Uſancen und den in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler ſtipulirten Bedingungen" in den Monaten Mai oder Juni d. J. „an Sie" zu liefern habe. Den zur Sicherſtellung der ſich etwa bei dieſem Geſchäft ergebenden Differenz im Preiſe bei Ihnen deponirten Wechſel v. 29. März 1853 verpflichte ich mich entſprechend zu erhöhen, wenn dieſer Betrag durch Differenz im Preiſe abſorbirt werden ſollte; widrigenfalls es Ihnen frei ſtehen ſoll, dieſe 50 Wispel Roggen anderweit ohne meine Ordre anzukaufen."

§. 3. Drittes Geſchäft.

Am 17. Mai 1853 beauftragte Rentier F. den K., für ihn 50 Wispel zum Preiſe von mindeſtens 46½ Thlr. pro Wispel auf Lieferung per Juni, Juli ejusd. a. zu verkaufen, und erhielt am ſelbigen Tage von K. die ſchriftliche Anzeige: Letzterer habe den Auftrag dergeſtalt ausgeführt, daß Rentier F. 50 Wispel Roggen zum Preiſe von 47¼ Thlr. pro Wispel im Monat Juni oder Juli 1853 „an K." zu liefern habe.

Rentier F. erkannte am 18. Mai 1853 brieflich gegen K. an, daß er 50 Wispel Roggen zum Preiſe von 47¼ Thlr. pro

Wispel „nach allen hiesigen Börsen-Usancen und den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen" im Monat Juni oder Juli 1853 „an K." zu liefern habe.

§. 4. Viertes Geschäft.

Mitte Mai 1853 beauftragte Rentier F. den K.,
für ihn 50 Wispel Roggen zum Preise von etwa 48 Thlr. pro Wispel auf Lieferung per Mai, Juni ejusd. a. zu verkaufen,
und wurde am 18. Mai 1853 brieflich von K. benachrichtigt:
K. habe den gedachten Auftrag in der Art ausgeführt, daß Rentier F. 50 Wispel Roggen zum Preise von 47¾ Thlr. pro Wispel „nach hiesigen Usancen und den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen" im Mai oder Juni 1853 „an K." zu liefern habe.

Diese Verpflichtung erkannte Rentier F. durch ein am 19. Mai 1853 an K. gerichtetes Schreiben in den von K. gebrauchten Ausdrücken an.

§. 5. Fünftes Geschäft.

Am 23. Mai 1853 beauftragte Rentier F. den K. schriftlich,
50 Wispel Roggen bis zum Preise von 48 Thlr. zur Deckung anzukaufen.

K. fragte am nämlichen Tage brieflich bei Rentier F. an: welche Lieferungszeit verabredet werden solle, und bemerkte zugleich, daß der Wispel Roggen wohl nicht einmal mehr für 49 Thlr. käuflich sein werde. Rentier F. schrieb sogleich zurück:

„Decken Sie mein ganzes Quantum bis 50 Thlr. Finden Sie es nützlich, so nehmen Sie Ihre 50 Wispel auf späte Termine obendrein;"

und händigte am 25. Mai 1853 einen von ihm acceptirten, vom nämlichen Tage datirten Wechſel über 400 Thlr. dem K. aus. Nachdem am ſelbigen Tage K. den Rentier F. von dem Ankaufe von 5 Roggenpoſten benachrichtigt hatte, richtete Rentier F. am 26. Mai 1853 folgendes Schreiben, deſſen Inhalt wörtlich dem K.'ſchen Briefe vom vorhergegangenen Tage entſprach, an K.:

„Ich beſtätige, daß Sie für meine Rechnung kauften

a) 50 Wispel Roggen auf Lieferung per Mai, Juni cr. zum Preiſe von 51¾ Thlr. pro Wispel;

b) 50 Wispel Roggen auf Lieferung per Mai, Juni cr. zum Preiſe von 52½ Thlr. pro Wispel;

c) 50 Wispel Roggen auf Lieferung per Juni, Juli cr. zum Preiſe von 52 Thlr. pro Wispel;

d) 50 Wispel Roggen auf Lieferung per Juni, Juli cr. zum Preiſe von 52 Thlr. pro Wispel;

e) 50 Wispel Roggen auf Lieferung per Juli, Auguſt cr. zum Preiſe von 53¾ Thlr. pro Wispel.

Dieſen Roggen habe ich nach allen hieſigen Börſen-Uſancen und den in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen zu empfangen.“

§. 6. Vermiſchte Thatſachen.

Am 24. Mai 1853 hatte Rentier F. mündlich zu K. geäußert, daß er den zur Deckung gekauften Roggen, wenn derſelbe bis zum Stichtage höher gehen ſollte, wieder verkaufen wolle *), und in einem Schreiben vom 25. Mai 1853 dem K. erklärt, daß er vorläufig die Ein- und Verkaufsgeſchäfte getrennt behandelt wiſſen wolle **).

Nach dem 26. Mai 1853 verlangte Rentier F. von K. die

*) Zugeſtändniß des K. in der Replik vom 14. Jan. 1856.
**) Desgleichen.

Herausgabe der Schlußscheine über die für Ersteren angeblich angekauften fünf Roggenposten; K. lehnte jedoch dies Ansinnen ab.

Am 29. Mai 1853 ersuchte K. den Rentier F. brieflich, ihm für die in dem F.'schen Schreiben vom 26. Mai 1853 sub lit. e aufgeführte, dem F. im Juli oder Aug. 1853 zu liefernde Roggenpost die „festgestellte" Anzahlung von 4 Thlr. pro Wispel entweder in einem F.'schen Accept per August oder baar zu übermachen, widrigenfalls er, der K., die obengedachten 50 Wispel sofort verkaufen müßte; er erhielt von Rentier F. keine Antwort und benachrichtigte denselben am 31. Mai 1853 schriftlich, daß er die mehrerwähnte Roggenpost am nämlichen Tage für 52 Thlr. pro Wispel wieder verkauft habe.

Ende Juni 1853 ließ dagegen Rentier F. durch einen Berliner Notar den K. zur Lieferung derjenigen Roggenposten auffordern, welche nach dem Anerkenntnisse vom 26. Mai 1853 per Mai, Juni cr. geliefert werden sollten, und, da K. auch die Lieferung verweigerte, Protest aufnehmen *).

§. 7. Inhalt der Mäklerschlußscheine.

In den Schlußscheinen der vereideten Mäkler, auf welche die Correspondenz der Parteien wiederholt Bezug nimmt, sind aber u. a. folgende Bestimmungen enthalten:

1) „Der Verkäufer ist berechtigt, die Lieferung des verkauften Quantums Roggen innerhalb der stipulirten Lieferungszeit an jedem Werkeltage, jedoch nur am Berliner Wasser-Getreide-Markt Mittags bis 1 Uhr ungetheilt, oder in zwei Theilen, dann aber gleichzeitig schriftlich anzukündigen. Endigt die stipulirte Lieferungszeit an einem Sonn- oder christlichen Feiertage, so muß die Ankündigung spätestens am vorhergehenden Werkeltage erfolgen.

*) Desgleichen.

2) Der Kündigungszettel muß rückſichtlich des vom Kahne zu liefernden Roggens die Zeit der Kündigung, den im Berliner Marktpolizei-Regiſter eingetragenen Namen des Schiffers, die Nummer und den Standort des Kahnes, den Ort der Abladung, das Quantum der Ladung ſowohl nach Maß als Gewicht und die Garantie enthalten, daß der Schiffer verpflichtet iſt, mit dem geladenen Roggen nach dem Kornmarkt zu fahren und vom Tage der Ankunft am Kornmarkt den Roggen acht volle Tage ohne Entſchädigung Seitens des Käufers im Kahne zu behalten; rückſichtlich der vom Boden zu liefernden Quantität muß im Kündigungsſcheine die Zeit der Kündigung, genaue Bezeichnung des Lagerraums, das gelagerte Quantum und die Verpflichtung des Verkäufers enthalten ſein, die Koſten der Lagerung für zehn Tage, vom Kündigungstage ab, zu tragen.

3) Es ſteht in der Wahl des Verkäufers, 5 Wispel mehr oder weniger als das bedungene Quantum zu kündigen und zu liefern, welche zu dem an dem Kündigungstage ſtattfindenden Tagespreiſe regulirt werden.

4) Entſpricht der Kündigungszettel nicht überall in Form und Inhalt den vorſtehenden Beſtimmungen, ſo kann der Käufer ſeine Annahme verweigern und die Kündigung wird dann als nicht erfolgt angeſehen. Hat aber der Käufer einen mangelhaften Kündigungszettel ohne Vorbehalt angenommen, ſo iſt die Kündigung als gehörig geſchehen zu betrachten.

5) Wenn einer von beiden Theilen ſeine Verpflichtungen nicht pünktlich erfüllt, was durch einen darüber aufzunehmenden Proteſt dargethan werden ſoll, ſo iſt der andere Contrahent berechtigt, entweder vom Geſchäft zurückzutreten oder ſpäteſtens am nächſten Werkeltage nach aufgenommenem Proteſt das Getreide durch einen vereideten Mäkler an- oder verkaufen zu laſſen und iſt im letztern Falle der nicht erfüllende Theil verpflichtet, alle ſich hiernach ergebende Preisdifferenz und die Koſten ſofort und baar zu bezahlen.

6) Erfolgt keine dem Vertrage entſprechende Kündigung, ſo iſt Käufer berechtigt, dem Verkäufer einen Ankauf über ein gleiches Quantum Roggen, welchen er am letzten Kündigungstage zwiſchen 12 und 1 Uhr Mittags am Kornmarkt auch noch vor aufgehobenem Proteſt durch einen vereideten Mäkler gemacht hat, anzurechnen und muß der Verkäufer den durch die etwaige Preisdifferenz dieſes Ankaufs dem Käufer entſtandenen Schaden nebſt den Koſten ſofort vergüten.

7) Alle aus dieſem Geſchäfte entſpringende Streitigkeiten, ſoweit ſie nicht durch den Ausſpruch der Sachverſtändigen beſeitigt werden, ſollen durch in Berlin wohnhafte Schiedsrichter entſchieden werden."

§. 8. Schluß.

Die Namen der dritten Perſonen, mit welchen K. die Roggen-Ein- und Verkäufe für Rentier F. abgeſchloſſen haben wollte, ſowie die Art und Weiſe, in welcher K. ſämmtliche Geſchäfte für Rentier F. abgewickelt haben wollte, lernte Rentier F. erſt durch die am 19. März 1854, alſo nach Jahresfriſt, von K. gegen ihn erhobene Klage kennen.

In dieſer Klage machte K. folgende Anſprüche geltend und ſtützte dieſelben auf die oben angegebenen unſtreitigen Thatſachen, ſowie auf nachſtehende, von Rentier F. beſtrittene Behauptungen:

Zweiter Abschnitt.

Streitige Thatsachen.

§. 9. Erstes und fünftes Geschäft (vergl. §§. 1 und 5).

Das Roggen-Verkaufsgeschäft, von welchem der Brief des Rentier F. vom 18. März 1853 redet, wollte K. mit dem Kaufmann G. abgeschlossen und am 25. Juli 1853 für Rentier F. in der Art erfüllt haben, daß er die in dem Schreiben des Rentier F. vom 26. Mai 1853 (vergl. §. 5) sub lit. c. als gekauft bezeichneten 50 Wispel Roggen, welche er mittelst Schlußscheines vom 23. Mai 1853 von Z. & R. für Rentier F. angekauft haben wollte und die ihm angeblich am 22. Juli 1853 von Z. & R. zur Abnahme gekündigt worden waren, an den Kaufmann G. geliefert, die Differenz aber zwischen dem von G. zu zahlenden Preise (44⅛ Thlr. pro Wispel) und dem an Z. & R. zu zahlenden (52 Thlr. pro Wispel) mit 393¾ Thlr. (50 × 7⅞ Thlr.) an Z. & R. aus seiner Tasche verauslagt habe.

Zum Beweise dieser Behauptungen produzirte K. einen angeblich von G., sowie einen angeblich von Z. & R. unterschriebenen Schlußschein, worin K. als der andere Contrahent benannt war, und berief sich auf das Zeugniß von G. und Z. & R.

Außer der Differenz im Betrage von 393¾ Thlr. beanspruchte K. 48 Thlr. 1 Sgr. 9 Pf. Ankaufs- und Verkaufsprovision.

§. 10. Zweites und fünftes Geschäft (vergl. §§. 2 und 5).

Das Roggen-Verkaufsgeschäft, von welchem der Brief des Rentier F. vom 30. März 1853 redet, wollte K. mit dem Kauf-

mann S. abgeſchloſſen und ultimo Juni 1853 für Rentier F. in der Art erfüllt haben, daß er die in dem Schreiben des Rentier F. vom 26. Mai 1853 (vergl. §. 5) sub lit. b. als gekauft bezeichneten 50 Wispel Roggen, welche er mittelſt Schlußſcheines vom 24. Mai 1853 vom Kaufmann B. angekauft haben wollte und die ihm angeblich ultimo Juni 1853 von B. zur Abnahme offerirt worden waren, an den Kaufmann S. geliefert, die Differenz aber zwiſchen dem von S. zu zahlenden Preiſe (45 Thlr. pro Wispel) und dem an B. zu entrichtenden Pretium (52½ Thlr. pro Wispel) mit 50 × 7½ Thlr. = 375 Thlr. an B. aus ſeiner Taſche berichtigt habe.

Zum Beweiſe dieſer Behauptungen produzirte K. einen angeblich von S. und einen angeblich von B. unterzeichneten Schlußſchein und berief ſich auf das Zeugniß von S. und B.

Außer der Differenz im Betrage von 375 Thlr. beanſpruchte K. 48 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. Ein- reſp. Verkaufsproviſion.

§. 11. Drittes und Fünftes Geſchäft (§§. 3 und 5).

Das Roggen-Verkaufsgeſchäft, von welchem der Brief des Rentier F. vom 18. Mai 1853 redet, wollte K. mündlich am 17. Mai 1853 zu 47¼ Thlr. pro Wispel und ſchriftlich am 19. Mai 1853 zu 48 Thlr. pro Wispel mit dem Kaufmann S. abgeſchloſſen und ultimo Juli 1853 für Rentier F. in der Art erfüllt haben, daß er die in dem Schreiben des Rentier F. vom 26. Mai 1853 (vergl. §. 5) sub lit. d. als zum Preiſe von 52 Thlr. pro Wispel angekauft bezeichneten 50 Wispel Roggen, welche er am 24. Mai 1853 vom Kaufmann B., jedoch zum Preiſe von 52½ Thlr. angekauft haben wollte und die ihm ultimo Juli 1853 zur Abnahme angekündigt worden ſein ſollen, an S. überwieſen, die Differenz aber zwiſchen dem von S. zu zahlenden Preiſe (48 Thlr. pro Wispel) und dem an B. zu entrichtenden Pretium (52½ Thlr.

pro Wispel) mit 50 × 4½ Thlr. = 225 Thlr. an B. aus ſeiner Taſche berichtigt habe.

Zum Beweiſe dieſer Behauptungen produzirte K. einen angeblich von S. und einen angeblich von B. unterſchriebenen Schlußſchein, worin K. als der andere Contrahent bezeichnet war, und berief ſich auf das Zeugniß des S. und B., ſowie eines gewiſſen Z.

Außer der Differenz von 225 Thlr. beanſpruchte K. 50 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. als Ein- reſp. Verkaufsproviſion.

§. 12. Viertes und fünftes Geſchäft.

Das Roggen-Verkaufsgeſchäft, von welchem der Brief des Rentier F. vom 19. Mai 1853 ſpricht, wollte K. mit dem Kaufmann M., jedoch nur zu 47⅝ (nicht zu 47¾) Thlr. pro Wispel abgeſchloſſen und ultimo Juni 1853 in der Art für Rentier F. erfüllt haben, daß er die in dem Schreiben des Rentier F. vom 26. Mai 1853 (vergl. §. 5) sub lit. a. als gekauft bezeichneten 50 Wispel Roggen, welche er am 23. Mai 1853 vom Kaufmann B. gekauft haben wollte, dem Kaufmann M. überwieſen, die Differenz aber zwiſchen dem von M. zu zahlenden Preiſe in der dem Rentier F. berechneten Höhe (47¾ Thlr. pro Wispel) und dem an B. zu entrichtenden Pretium (51¾ Thlr. pro Wispel) mit 50 × 4 Thlr. = 200 Thlr. an B. aus ſeiner Taſche bezahlt habe.

Als Grund, warum er den zu nur 47⅝ Thlr. an M. verkauften Roggen dem Rentier F. als um ⅛ Thlr. höher verkauft angezeigt und berechnet habe, gab K. den Umſtand an, daß er durch direkte Unterhandlung mit M. die Mäklerproviſion von ⅛ Thlr. pro Wispel erſpart gehabt und dieſen Vortheil dem Rentier F. habe zu wenden wollen.

Zum Erweiſe ſeiner Behauptungen produzirte K. einen angeblich von M. ſowie einen angeblich von B. unterſchriebenen

Schlußſchein, worin K. als der andere Contrahent bezeichnet war, und berief ſich auf das Zeugniß des M. und B.

Außer der Differenz von 200 Thlr. beanſpruchte K. vom Rentier F. 49 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. als Ein- reſp. Verkaufsproviſion.

§. 13. Fünftes Geſchäft. (Vergl. §. 5.)

Welche Bewandtniß es angeblich mit den vier eingekauften Roggen-Poſten, von welchen das Schreiben des Rentier F. vom 26. Mai 1853 sub lit. a — d. ſpricht, gehabt hat, davon iſt ſchon in Vorſtehendem die Rede geweſen. Es bleibt nur die Einkaufspoſt sub lit. e. übrig. Von dieſer behauptete K., daß er dieſelbe am 24. Mai 1853 für eigene Rechnung von B. gekauft, jedoch dem Rentier F. auf deſſen Wunſch überlaſſen, und am 31. Mai 1853 an den nämlichen B. für den an jenem Tage marktgängigen Preis von 52 Thlr. pro Wispel zurückverkauft, die Differenz aber zwiſchen dem Ein- und Verkaufspreiſe mit 50 × 1¾ Thlr. = 87½ Thlr. an B. baar bezahlt habe. Zu dieſer Prozedur ſei er berechtigt geweſen, weil ihm Rentier F. die verſprochene Sicherheitsbeſtellung nicht geleiſtet.

Er produzirte zum Beweiſe ſeiner Behauptungen zwei angeblich von B. unterzeichnete Schlußſcheine und berief ſich auf das Zeugniß des B. ſowie über den marktgängigen Preis des 31. Mai 1853 auf das Zeugniß der Kaufleute H. u. G.

Außer der Differenz von 87½ Thlr. beanſpruchte K. 52 Thlr. 26 Sgr. 3 Pf. als Ein- reſp. Verkaufsproviſion.

Dritter Abſchnitt.

Reſultate der Beweisaufnahme.

---

§. 14. Erſtes und fünftes Geſchäft.

Rückſichtlich des erſten ſowie des fünften Geſchäfts sub lit. c. bekundeten:

1) der Kaufmann G.:

Ich habe aus meinen Handlungsbüchern mich überzeugt, daß K. mittelſt Schlußſcheins vom 18. März 1853 an mich 50 Wispel zum Preiſe von 44⅛ Thlr. pro Wispel, in der Zeit vom 1. Juni bis 31. Juli 1853 zu liefern, verkauft hat. Etwas Weiteres (ob die Lieferung wirklich erfolgt iſt) ergeben meine Bücher nicht und kann ich etwas Weiteres aus eigener Wiſſenſchaft nicht bekunden.

2) Die Kaufleute Z. und R.:

Wir haben uns aus unſeren Handlungsbüchern überzeugt, daß K. mittelſt Schlußſcheines vom 23. Mai 1853 von uns 50 Wispel Roggen per Juni, Juli 1853 zum Preiſe von 52 Thlr. pro Wispel gekauft hat, und daß dieſe 50 Wispel am 22. Juli 1853 dem K. zur Abnahme angekündigt, auch von demſelben in Empfang genommen worden ſind. Etwas Weiteres (ob K. den Roggen an G. geliefert und an uns eine Differenz von 393 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. gezahlt hat) ergeben unſere Handlungsbücher nicht und vermögen wir etwas Weiteres aus eigener Wiſſenſchaft nicht zu bekunden.

§. 15. Zweites und fünftes Geschäft.

Rücksichtlich des zweiten Geschäfts sowie des fünften Geschäfts sub lit. b. des F.'schen Briefes vom 26. Mai 1853 bekundeten:

1) der Kaufmann S.:

Es ist richtig, daß K. mittelst Schlußscheines vom 29. März 1853 an mich 50 Wispel Roggen, Mai oder Juni ejusd. a. zu liefern, zum Preise von 45 Thlr. verkauft hat. Diese 50 Wispel Roggen hat K. bis ultimo Juni an mich geliefert.

2) Der Kaufmann B.:

Es ist richtig, daß K. mittelst Schlußscheines vom 24. Mai 1853 von mir 50 Wispel Roggen per Mai, Juni zum Preise von 52½ Thlr. pro Wispel gekauft hat und daß diese 50 Wispel dem K. ultimo Juni 1853 von mir zur Abnahme angekündigt worden sind, auch daß ich von K. eine Differenz erhalten habe. Wie hoch diese Differenz gewesen und ob K. die von mir ihm angekündigten 50 Wispel an S. geliefert hat, darüber geben meine Bücher keinen Aufschluß.

§. 16. Drittes und fünftes Geschäft.

Rücksichtlich des zweiten Geschäfts und der Post sub lit. d. des fünften Geschäfts bekundeten:

1) Der Kaufmann S.:

Es ist richtig, daß K., ob unterm 17. Mai 1853 weiß ich nicht, jedenfalls aber am 19. oder am 20. Mai 1853 an mich 50 Wispel Roggen, in den Monaten Juni oder Juli zu liefern, zum Preise von 48 Thlr., nicht zu 47¼ Thlr., pro Wispel verkauft hat.

2) Der Kaufmann Z:

Es ist richtig, daß K. am 19. Mai 1853 an den Kaufmann S. 50 Wispel Roggen, im Juni oder Juli zu liefern, zum

Preiſe von 48 Thlr. pro Wispel verkauft hat. Am 17. Mai 1853 meinte K. im Auftrage des Rentier F. 50 Wispel an S. verkauft zu haben, trug dies in ſeine Bücher ein und benachrichtigte davon den Rentier F. Aus dieſem Verkaufe wurde aber nichts, da S. keinen Schlußſchein ſandte.

3) Der Kaufmann B.:

Es iſt richtig, daß K. mittelſt Schlußſcheines vom 24. Mai 1853 von mir 50 Wispel Roggen, Juni oder Juli ejusd. a. zu liefern, zum Preiſe von 52 Thlr. 15 Sgr. gekauft hat. Ob er dieſe 50 Wispel dem S. überwieſen und eine Differenz von 225 Thlr. an mich gezahlt hat, weiß ich nicht, und kann ich auch nicht aus meinen Büchern feſtſtellen. Ich weiß nur ſo viel, daß er überhaupt eine Differenz an mich gezahlt hat.

§. 17. Viertes und fünftes Geſchäft.

Rückſichtlich des vierten Geſchäfts und der Poſt sub lit. a. des fünften Geſchäfts bekundeten:

1) Der Kaufmann M.:

K. hat mittelſt Schlußſcheins vom 18. Mai 1853 an mich 50 Wispel Roggen, vom 1. Mai bis zum letzten Juni 1853 täglich zu liefern, zum Preiſe von 47⅝ reſp. 47¾ Thlr. pro Wispel verkauft.

2) Der Kaufmann B.:

Es iſt richtig, daß K. mittelſt Schlußſcheines vom 23. Mai 1853 von mir 50 Wispel Roggen per Mai oder Juni ejusd. a. zum Preiſe von 51¾ Thlr. gekauft hat; ob er dieſe 50 Wispel an M. überwieſen und mir eine Differenzſumme von 200 Thlr. gezahlt hat, weiß ich nicht; ich weiß nur, daß er mir überhaupt eine Differenz zahlte.

§. 18. Fünftes Geschäft.

Rücksichtlich der Post sub lit. e des fünften Geschäfts bekundeten:

1) der Kaufmann B.:

Es ist richtig, daß K. mittelst Schlußscheines vom 24. Mai 1853 von mir 50 Wispel Roggen, im Juli oder August ejusd. a. zu liefern, zum Preise von 53¾ Thlr. pro Wispel gekauft und dies Quantum mittelst Schlußscheines vom 31. Mai 1853 an mich für 52 Thlr. pro Wispel verkauft, auch ultimo August 1853 eine Differenz von 87 Thlr. 15 Sgr. an mich bezahlt hat.

2) Der Kaufmann R:

Der Preis des Wispels Roggen per Juli, August 1853 betrug am 31. Mai 1853 an der hiesigen Getreidebörse 51 Thlr. bis 51½ Thlr. bei Verkauf.

Vierter Abſchnitt.

Rechtsfragen.

§. 19. Ueberſicht der Rechtsfragen.

Die vorgetragene Sachlage giebt zu folgenden Rechtsfragen Veranlaſſung:

Erſte Frage. Stand der K., nachdem er dem Rentier F. angezeigt: ich habe Ihren Ver- reſp. Einkaufsauftrag dergeſtalt ausgeführt, daß Sie 50 Wispel Roggen zum Preiſe von ſo und ſo viel Thalern innerhalb der und der Zeit nach allen Berliner Uſancen und den in den Mäklerſchlußſcheinen enthaltenen Bedingungen an mich zu liefern reſp. von mir zu empfangen haben, und nachdem Rentier F. dies anerkannt, dem Rentier F. als bloßer Mandatar mit der Verpflichtung zum del credere oder aber als Selbſt-Käufer reſp. Selbſt-Verkäufer (Proper-Händler) gegenüber?

Zweite Frage. Sind überhaupt und event. in welchem Umfange die Berliner Börſen-Uſancen und die in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen für das zwiſchen den gegenwärtigen Parteien ſelbſt beſtehende Rechtsverhältniß maßgebend?

Dritte Frage. Muß der K., wenn er den Rentier F. auf Grund der ausgeführten Aufträge, zu verkaufen reſp. zu kaufen, belangen will, nachweiſen, daß er wirklich an dritte Perſonen verkauft reſp. von ihnen gekauft habe, und daß dieſe mit den dritten Perſonen abgeſchloſſenen Roggen-Ver- reſp. Ankäufe wirklich für

Rechnung des Rentier F. und nicht etwa für eigene Rechnung oder für Rechnung eines andern Committenten vorgenommmen worden seien?

Vierte Frage. Charakterisirt sich die Handlungsweise des K., welche darin bestanden haben soll, daß er die für den Rentier F. contrahirten Verkäufe resp. Einkäufe durch Ablieferung oder Ueberweisung des für Rentier F. gekauften Roggens an die Abkäufer des für F. verkauften Roggens abwickelte und eine etwaige Differenz bezahlte, als Ausführung eines Mandats oder als Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) oder als was sonst?

Fünfte Frage. Liegt dem K. der Nachweis ob, daß er gerade das für Rentier F. angekaufte Getreide zur Natural-Erfüllung der dem Rentier F. als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten verwendet und daß er die beanspruchten Differenzsummen wirklich verauslagt hat?

Sechste Frage. War der K. befugt, die von Rentier F. angekaufte, im Juli oder August 1853 zu liefernde Roggenpost wieder zu verkaufen und zwar in der von ihm angeblich beliebten Weise?

Siebente Frage. Ist dem K. der Nachweis gelungen, daß er wirklich an dritte Personen verkauft resp. von ihnen gekauft hat, daß diese mit den dritten Personen geschlossenen Verkräge wirklich für Rechnung des Rentier F. contrahirt worden sind und daß er wirklich das für Rentier F. angekaufte Getreide zur Erfüllung der dem Rentier F. als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten verwendet, auch die angeblichen Differenzsummen wirklich bezahlt hat?

Wir wollen nun sehen, wie diese Fragen von verschiedenen Gerichtshöfen beantwortet worden sind.

§. 20. Charakter der Geschäfte.

Erste Frage: Stand der K., nachdem er dem Rentier F. angezeigt: ich habe Ihren Ver- resp. Einkaufsauftrag dergestalt ausgeführt, daß Sie 50 Wispel Roggen zum Preise von so und so viel Thalern innerhalb der und der Zeit nach allen Berliner Usancen und den in den Mäklerschlußscheinen enthaltenen Bedingungen **an mich** zu liefern resp. **von mir** zu empfangen haben, und nachdem Rentier F. dies anerkannt, dem Rentier F. als bloßer Mandatar mit der Verpflichtung zum del credere oder aber als Selbstkäufer resp. als Selbst-Verkäufer (Proper-Händler) gegenüber?

Der Verklagte Rentier F. bejahte die zweite, der Kläger K. die erste Alternative. Von der Ansicht des Letztern, ohne indeß dieselbe irgendwie näher zu begründen, gingen folgende Gerichtshöfe aus:

a) das Stadtgericht zu Berlin

aa) in seinem Urtel vom 6. Juli 1854 (betreffend die Competenzfrage):

„Die in den gedruckten Schlußscheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bestimmungen enthalten die Berechtigungen und Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers beim Abschluß (?!) von kaufmännischen Geschäften der vorliegenden Art; sie können daher nicht ohne Weiteres auf das Verhältniß der Pateien, welches durch einen Mandatsvertrag begründet ist, Anwendung finden".

bb) in seinem Urtel vom 15. Januar 1857 (betreffend die Sache selbst):

„Die klägerischen Ansprüche beruhen einmal auf den ihm ertheilten Aufträgen" ꝛc.

b) Das Ober-Tribunal zu Berlin in ſeinem Urtel vom 4. Mai 1858 (betreffend die Sache ſelbſt):

„Es gehört zu den rechtlichen Folgen des Vollmachtauftrages, nach deſſen Grundſätzen im Weſentlichen auch die kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäfte zu beurtheilen ſind, daß“ ꝛc.

Eine ganz eigenthümliche Anſicht über das Rechtsverhältniß zwiſchen den Parteien ſprach das Berliner Kammergericht in ſeinem Urtel vom 5. Januar 1855 aus. Es vindizirte dieſem Rechtsverhältniſſe eine doppelte Natur: Mandat und „eventueller Lieferungsvertrag“.

In dem gedachten Urtel nämlich heißt es:

„Kläger K. hatte unter Uebernahme des del credere und gegen Zuſicherung einer beſtimmten Proviſion im Auftrage des Verklagten Rentier F., jedoch im eigenen Namen, Verträge über Getreide-Lieferungen mit dritten Perſonen abgeſchloſſen. Keines dieſer Geſchäfte iſt jedoch nach dem nicht beſtrittenen Klagevortrage realiſirt; ſie ſind vielmehr durch Compenſation ausgeglichen und nur die Preisdifferenz an den Lieferungstagen bezahlt worden. Die Compenſation war nur ausführbar, wenn Verklagter die dazu erforderlichen weiteren Aufträge gab, wozu er jedoch keine Verpflichtung hatte; that er dies nicht, ſo mußte Kläger die dem dritten Contrahenten gegenüber im eigenen Namen eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen, und konnte ſich nur wegen der dabei verwendeten Auslagen an ſeinen Machtgeber regreſſiren (vergl. §§. 154, 65, I, 13. L.-R.). Die desfallſige Verbindlichkeit des Verklagten dem Kläger gegenüber hat hier die Form eines eventuellen Lieferungsvertrages erhalten, wenn zwiſchen den Parteien vereinbart worden, daß Verklagter dem Kläger liefern ſollte, wenn dieſer für ihn verkauft, und Kläger dem Verklagten, wenn er für ihn gekauft. Nur auf dies even-

tuelle Rechtsverhältniß kann aber auch die fernere Abrede, daß die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten den in den Mäklerschlußscheinen enthaltenen Bedingungen unterworfen sein sollten, bezogen werden. Auf das Rechtsverhältniß unter den Parteien, insofern es Mandatsverhältniß geblieben ist, leiden jene Bedingungen der Mäklerschlußscheine keine Anwendung".

Lassen wir vorläufig die kammergerichtliche Ansicht unerörtert und wenden wir uns zunächst den Meinungen der übrigen Gerichtshöfe zu.

Für die Annahme des Stadtgerichts, des Ober-Tribunals und des Klägers K.: Letzterer habe lediglich als Mandatar, nicht als Properhändler, dem Verklagten Rentier F. gegenüber gestanden, sprechen allerdings folgende Momente:

1) jedes Rechtsgeschäft hat mit einem Auftrage des Rentier F. zu kaufen oder zu verkaufen begonnen und demnächst hat K. ausdrücklich erklärt, daß er den Auftrag ausgeführt habe;

2) bei jedem Rechtsgeschäft ist dem Kläger ausdrücklich Provision bewilligt worden, von welcher doch füglich nur bei einem Mandate, nicht beim Properhandel die Rede sein kann.

Beide Argumente zerfallen jedoch bei näherer Betrachtung in Nichts.

Die Art und Weise, auf welche der Abschluß eines Kaufvertrages eingeleitet wird, pflegt sehr verschieden zu sein. Die einleitenden Schritte können darin bestehen, daß Jemand einer andern Person die Offerte macht, von ihm zu kaufen oder an ihn zu verkaufen. Nimmt der Andere diese Offerte an, so wird Niemand bezweifeln, daß der Anbietende und der Annehmende nunmehr einander als Käufer und Verkäufer gegenüberstehen. Die Einleitung eines Kaufgeschäfts kann aber auch in der Art erfolgen, daß Jemand eine andere Person beauftragt oder — was

daſſelbe iſt — erſucht, für ihn zu verkaufen oder zu kaufen und daß der Andere erklärt: er habe in eigenem Namen an einen Dritten verkauft oder von einem Dritten gekauft und wolle nunmehr in eigenem Namen von dem Auftraggeber kaufen reſp. an denſelben verkaufen. Wenn demnächſt der Auftraggeber ſich hiermit einverſtanden erklärt, ſo wird gleichfalls Niemand bezweifeln, daß zwiſchen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ſelbſt ein Kaufgeſchäft zu Stande gekommen, obgleich dem Abſchluſſe deſſelben ein Mandat vorhergegangen iſt. Dies Mandat gilt eben dadurch, daß der Auftragende den Beauftragten ſelbſt als Käufer reſp. Verkäufer annimmt, alſo in eigener Perſon das Kaufgeſchäft und zwar mit dem bisherigen Mandatar abſchließt, für widerrufen.

(l. 8. D. 17, 1; §. 185, I, 13. L.-R.; §§. 1020, 863, Th. II. Oeſterr. Bürg. G.-B.)

In dieſem Widerruf liegt aber zugleich die Genehmigung, daß das von dem bisherigen Mandatar mit dem Dritten contrahirte Geſchäft, obgleich es zufolge Auftrags abgeſchloſſen worden, dennoch nicht als ein zufolge Auftrags vollzogenes und dem Auftraggeber zu gut kommendes, ſondern vielmehr als ein von dem bisherigen Mandatar in deſſen eigenem Intereſſe vorgenommenes betrachtet und behandelt werde.

Es kommt daher nur darauf an, zu unterſuchen, ob im vorliegenden Falle der Kläger K. und der Verklagte Rentier F. ſich dahin geeinigt haben, daß das unzweifelhaft von Hauſe aus vorliegende Mandat als erloſchen, jedes zufolge des Mandats vom Kläger K. mit einem Dritten contrahirte Kaufgeſchäft als lediglich im eigenen Intereſſe des K. abgeſchloſſen gelten und K. dem Rentier F. ſtets als Käufer reſp. Verkäufer gegenüberſtehen ſolle.

An einer ſolchen Einigung kann aus folgenden Gründen nicht gezweifelt werden:

a) Der Kläger K. hat dem Verklagten Rentier F. bei jedem einzelnen Geschäfte ausdrücklich erklärt: „Sie haben nach den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen an mich zu liefern, resp. von mir zu empfangen, und der Verklagte Rentier F. hat stets in gleicher Weise erwidert: „ich habe nach den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen an Sie zu liefern resp. von Ihnen zu empfangen."

Deutlicher, als durch die Worte „an mich zu liefern", „von mir zu empfangen", „an Sie zu liefern", „von Ihnen zu empfangen" geschehen ist, ließ sich wohl die Absicht der Parteien, einander nicht als Machtgeber und Mandatar, sondern als Käufer und Verkäufer gegenüberzutreten, nicht ausdrücken.

Man darf hiergegen nicht einwenden, daß in allen Fällen, wo der Mandatar — sei es in Folge eines besonders hierauf gerichteten Auftrags oder in Folge der obwaltenden Umstände — im eigenen Namen mit dem Dritten habe contrahiren müssen, der Machtgeber gesetzlich verpflichtet sei, nicht unmittelbar an den Dritten, sondern vielmehr an den Mandatar den versprochenen Gegenstand zu leisten; und daß daher, wenn Letzteres noch besonders stipulirt werde, dadurch keineswegs der Mandatar als Käufer resp. Verkäufer dem Machtgeber gegenübertrete. Der Schlußsatz ist unrichtig, weil die Prämisse falsch ist. Der Mandatar, welcher in eigenem Namen hat contrahiren müssen, kann durchaus nicht ohne Weiteres und unbedingt verlangen, daß der Machtgeber an ihn den versprochenen Gegenstand leiste, sondern muß sich begnügen, wenn der Machtgeber ihn von seiner gegen den Dritten übernommenen Verbindlichkeit befreit, z. B. den versprochenen Gegenstand im Namen des Mandatars an den Dritten selbst leistet.

(Cf. l. 45. D. 17, 1; §. 82, I, 13. L.-R. §. 1014. Tit. 2. Oest. B. G.-B.).

Letzteres zu thun, wird der Machtgeber alle Mal vorziehen, wenn der Mandatar unsicher und nicht zur sofortigen Gewährung des ausgemachten Aequivalentes im Stande ist.

Noch deutlicher, als die Festsetzung: „Sie haben an mich zu liefern", äußert aber die Stipulation des bisherigen Mandatars, „Sie haben von mir zu empfangen", ihren zerstörenden Einfluß auf das bisherige Mandatsverhältniß; denn an sich ist der Machtgeber auch von dem Mandatar, der in eigenem Namen mit dem Dritten contrahirt hat, immer nur Abtretung der Rechte gegen den Dritten, resp. Herausgabe dessen, was in Folge des Geschäfts von dem Dritten auf den Mandatar gediehen ist, niemals jedoch schlechthin Erfüllung der von dem Dritten übernommenen Verbindlichkeiten zu fordern berechtigt.

(Cf. l. 8. §. 10, l. 20. pr. D. 17, 1; §. 62, I, 13 L.-R.; §. 1009. Tit. 2. Oest. B. G.-B.)

Die oben gedachte Stipulation ändert also die Verpflichtungen des bisherigen Mandatars in wesentlichen Punkten ab, d. i. sie macht ihn aus einem bloßen Mandatar zu einem Kaufcontrahenten; denn sie geht auch über die Wirkungen der bloßen Uebernahme des del credere (d. i. einer selbstschuldnerischen Bürgschaft des Mandatars für den Dritten) weit hinaus. Bei der Stipulation „Sie haben von mir zu empfangen", „an mich zu liefern", „ich habe von Ihnen zu empfangen", „an Sie zu liefern", soll nämlich dem klaren Wortlaute nach das zwischen dem bisherigen Mandatar und dem Dritten abgeschlossene Kaufgeschäft den Auftraggeber durchaus nichts angehen; der Letztere also nicht befugt sein, nach dem Namen des Dritten zu fragen, sowie Abtretung der dem bisherigen Mandatar gegen den Dritten zustehenden Rechte, welche vielleicht größer sind, als die vom Mandatar dem Auftraggeber eingeräumten, zu verlangen, vielmehr nur mit dem bisherigen Mandatar es zu thun haben. Ein bloßer del credere stehender Mandatar dagegen muß dem Machtgeber jede

gewünschte Auskunft ertheilen und auch denjenigen Betrag berechnen, um welchen er etwa theurer an den Dritten verkauft oder billiger von dem Dritten gekauft hat.

Wenn nun schon die Worte „Sie haben von mir zu empfangen" 2c. deutlich genug die Absicht der Parteien, einander selbst als Kaufcontrahenten gegenüber zu treten, kund thun, so wird diese Absicht durch den Zusatz „nach den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen" wo möglich noch klarer zu Tage gelegt.

Die Bestimmungen der Mäklerschlußscheine betreffen die Rechte und Pflichten zwischen Käufer und Verkäufer. Wenn nun die Parteien erklärten, wir haben nach diesen Bestimmungen an einander zu liefern, so unterwarfen sie unzweifelhaft ihr gegenseitiges Rechtsverhältniß diesen Bestimmungen über die Rechte und Pflichten zwischen Käufer und Verkäufer. Eine solche Unterwerfung wäre aber geradezu sinnlos gewesen, wenn die Parteien nicht die Absicht gehabt hätten, mit einander ein Kaufgeschäft zu schließen.

b) Ein fernerer Grund, weshalb an der oben gedachten Einigung der Parteien nicht gezweifelt werden kann, besteht darin, daß der Kläger K. dem Verklagten Rentier F. niemals die Namen der dritten Personen, mit welchen K. angeblich contrahirt, angegeben hat. Allerdings kann der Thl. I. §. 7 besprochenen Ansicht, wonach der Commissionär, welcher seine Contrahenten bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrages dem Committenten nicht namhaft macht, schlechthin als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer gelten soll, nicht beigepflichtet werden; wohl aber ist aus dem Umstande, daß gewohnheitsmäßig die Namhaftmachung der dritten Personen bei der Anzeige von der Ausführung der Aufträge unterlassen worden, eine sehr gewichtige Vermuthung dafür herzuleiten, daß die Parteien kein wirkliches Commissionsgeschäft, sondern Properhandel beabsichtigt und vor Augen gehabt haben.

Was den zweiten Grund betrifft, welcher gegen das Vorhandenſein von Propergeſchäften ſprechen ſoll, nämlich die Stipulation einer Proviſion, ſo iſt auch er ein bloßer Scheingrund. Es iſt bereits im erſten Theile dieſer Schrift (§. 2) ausführlicher auseinander geſetzt worden, daß viele Propergeſchäfte um deshalb in das Gewand der Commiſſion gekleidet werden, weil derjenige, von dem wir wünſchen, daß er ſelbſt von uns kaufe oder an uns verkaufe, in eigenem Namen dergleichen Geſchäfte nicht eher abzuſchließen pflegt, als bis es ihm gelungen iſt, einen Dritten zu finden, der wieder ihm abkauft oder ihm liefert und der ſo zu ſagen ihm den Rücken deckt. Für dieſe Mühe, einen ſolchen Dritten ausfindig zu machen, ſowie für die Uebernahme des mehr oder weniger großen Riſicos, welches immer noch für den fälſchlich ſogenannten Commiſſionär mit derartigen Operationen verbunden iſt, beanſprucht aber derſelbe eine Vergütung; er will dabei „verdienen". Nun könnte zwar dieſer Verdienſt darin beſtehen, daß der ſog. Commiſſionär theurer an den Dritten verkauft oder billiger von dem Dritten einkauft; die obwaltenden Umſtände werden jedoch ſelten eine angemeſſene Bereicherung des ſog. Commiſſionärs auf dem angedeuteten Wege ermöglichen. In der Regel bilden Waaren, die marktgängig ſind, oder einen Börſencours haben, den Gegenſtand eines derartigen Geſchäfts; der ſog. Committent will zum Tagespreiſe verkaufen, der Dritte zum Tagespreiſe einkaufen; ſobald der ſog. Commiſſionär mit dem Dritten abgeſchloſſen hat, ſchließt er auch mit dem ſog. Committenten ab. Beide Abſchlüſſe geſchehen daher gewöhnlich zu den nämlichen Preiſen. Es wird dann von dem ſog. Committenten und Commiſſionär der Ausweg gewählt, dem Letzteren, obſchon er in Wahrheit als Properhändler auftritt, eine „Proviſion" zu ſtipuliren; in ihr beſteht der Gewinn, den der ſog. Commiſſionär aus dem Kaufe und Weiterverkaufe zieht, die Vergütung für die Mühwaltung, einen Dritten zu ermitteln, der dem ſog. Commiſſionär den

Rücken deckt. Auch im vorliegenden Rechtsfalle hat die dem Kläger K. bewilligte Proviſion offenbar nur dieſe Bedeutung und kann daher den Begriff und das Vorhandenſein eines Properhandelsgeſchäfts nicht ausſchließen. Daß dieſelbe in einem Briefe des Klägers als Proviſion für „del credere“ bezeichnet worden, iſt endlich gleichfalls nicht geeignet, den Charakter des Propergeſchäfts zu verwiſchen. Allerdings kann von einem del credere Stehen bei einem Propergeſchäft nicht die Rede ſein. Wenn jedoch Kläger in dem gedachten Briefe erklärt hat, daß er für das del credere 1% Proviſion beanſpruche, ſo hat er damit augenſcheinlich nur ſagen wollen, daß er ſich die bei derartigen Geſchäften für del credere ſtehende Commiſſionäre übliche höhere Proviſion ausbedinge, weil er dadurch, daß er mit dem ſog. Committenten wie mit dem Dritten in eigenem Namen contrahire, gleich einem del credere ſtehenden Commiſſionär ein gewiſſes Riſico übernehme.

Werfen wir nun noch einen flüchtigen Blick auf die kammergerichtlichen Entſcheidungsgründe zurück!

Wir begegnen hier zunächſt einer höchſt ſeltſamen Auffaſſung des Weſens der Compenſation und der ſogenannten Realiſirung der Rechtsgeſchäfte.

Keiner der von dem Kläger K. mit den Dritten abgeſchloſſenen Verträge ſoll „nach dem nicht beſtrittenen Klagevortrage“ „realiſirt“ worden ſein. Nun will aber doch Kläger wenigſtens bei den erſten beiden Rechtsgeſchäften das ihm gekündigte Getreide an ſeine beiden Abnehmer „geliefert“ haben. Iſt dies keine Realiſation? Nein, das kammergerichtliche Urtel nennt es „Compenſation“. Bei dem dritten und vierten Rechtsgeſchäft will Kläger das ihm ſelbſt gekündigte, alſo zu ſeiner Dispoſition ſtehende Getreide ſeinen Abkäufern „überwieſen“ haben. Wir meinen: auch das ſei Realiſation. Anderer Meinung iſt wieder jenes Urtel, indem es hier gleichfalls eine „Compenſation“ findet. Welche Gegenforderung an ſeine Abnehmer, fragen wir, hat der Kläger

mit deren Getreideforderung an ihn compenſirt? Wenn wir Jemandem das ſchulden, was wir von einem Andern zu fordern haben, und jenem auch nur unſere Forderung an Zahlungsſtatt überweiſen, iſt das Compenſation?

Was ſodann den von dem kammergerichtlichen Erkenntniſſe herausgefundenen „eventuellen Lieferungsvertrag", den die Parteien geſchloſſen haben ſollen, betrifft, ſo wird derſelbe im folgenden Paragraphen ſeine genauere Würdigung finden. Hier ſoll nur bemerkt werden, daß der betreffende Paſſus durch die Verbindung, in welcher er ſteht, zu einer ſehr irrigen Auffaſſung Veranlaſſung geben kann. Wenn nämlich nach den Worten:

> „ſo mußte Kläger die den dritten Contrahenten gegenüber in eigenem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen und konnte ſich nur wegen der dabei verwendeten Auslagen an ſeinen Machtgeber regreſſiren"

wie folgt, fortgefahren wird:

> „die desfalſige Verbindlichkeit des Verklagten dem Kläger gegenüber hat hier die Form eines eventuellen Lieferungsvertrages erhalten"

ſo gewinnt es den Anſchein, als ſolle die mittelſt der actio mandati contraria geltend zu machende Auslagen-Forderung als eine obligatio aus einem eventuellen Lieferungsvertrage bezeichnet werden; daß dies aber nicht der Sinn jener Stelle iſt, wird durch den übrigen Inhalt des Erkenntniſſes (§. 21.) klar werden.

§. 21. Anwendbarkeit der Börſen-Uſancen und Schlußſcheine.

Zweite Frage. Sind überhaupt und event. in welchem Umfange die Berliner Börſen-Uſancen und die in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen für das zwiſchen den gegenwärtigen Parteien ſelbſt beſtehende Rechtsverhältniß maßgebend?

Die Gerichtshöfe haben auf dieſe Frage folgende Antworten ertheilt:

a) Das Berliner Stadtgericht

aa) in ſeinem Urtel vom 6. Juli 1854 (betreffend die Competenzfrage):

(Nach dem §. 20 sub lit. aa. mitgetheilten Paſſus fährt das Stadtgericht wie folgt fort): „Verklagter behauptet aber, daß in dieſer Beziehung eine Verabredung getroffen worden ſei, wonach jene Beſtimmungen, welche in den gedruckten Mäklerſchlußſcheinen für An- und Verkäufer enthalten ſind, auch auf ihr Verhältniß Anwendung finden ſollten, ſobald der Kläger in Ausführung des übernommenen Auftrags Abſchlüſſe über An- oder Verkäufe von Roggen gemacht habe. Eine derartige Verabredung würde beim Vorliegen eines bloßen Auftragsverhältniſſes, bei welchem der Mandatar nicht in eigenem, ſondern im Namen des Mandanten handelt und ſolchergeſtalt zwiſchen dem Letzteren und dem Dritten ein Rechtsverhältniß begründet wird, bei dem ſich der Mandant und der Dritte als An- und reſp. Verkäufer gegenüberſtehen, mit dem Weſen und der Natur des Mandats in Widerſpruch treten. Im vorliegenden Falle wird jedoch der Anſpruch auf ein Commiſſionsgeſchäft del credere geſtützt und bei einem ſolchen ſteht die dritte Perſon, mit welcher der Commiſſionär gehandelt hat, in gar keinem Rechtsverhältniß zum Committenten, vielmehr handelt der Commiſſionär im eigenen Namen und haftet dem Committenten für die Erfüllung des mit dem Dritten abgeſchloſſenen Geſchäfts. Bei einem Commiſſionsgeſchäft del credere kann alſo der Commiſſionär zwar verlangen, daß der Committent ihn in den Stand ſetze, die in Folge des Auftrags eingegangenen Geſchäfte zu erfüllen, er kann den Committenten

aber wegen Erfüllung der von dem Dritten übernommenen Verpflichtungen nicht an dieſen Dritten verweiſen, ſondern muß hierfür ſelbſt aufkommen Eine Folge hiervon iſt, daß in dem vorliegenden Falle der Verklagte dem Kläger liefern mußte, wenn Letzterer für ihn verkauft hatte, und daß der Kläger dem Verklagten liefern mußte, wenn er für denſelben gekauft hatte. Bei dieſem Rechtsverhältniſſe würde eine Vereinbarung in der vom Verklagten behaupteten Art und Weiſe die Folge haben, daß die Parteien ſich bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nach den in den gedruckten Schlußzetteln enthalten Modalitäten zu richten hatten und daß auch die Rechte, welche einer Partei beim Mangel der Erfüllung der der andern Partei obliegenden Verbindlichkeiten zuſtehen, aus dem Inhalte jener Schlußzettel zu entnehmen ſind. Aus den von den Parteien producirten Briefen ergiebt ſich höchſtens (?!) eine Einigung der Parteien dahin, daß die in Folge des auf An- und Verkauf gerichteten Commiſſionsgeſchäfts del credere zu bewirkenden Lieferungen, ſei es von Seiten des Klägers an den Verklagten oder von Seiten des Letzteren an den Kläger, nach den hieſigen Uſancen und nach den in den gedruckten Mäklerſchlußſcheinen enthaltenen Bedingungen haben zur Ausführung gebracht werden ſollen; dagegen iſt aus der Correſpondenz nicht erſichtlich, daß ſich die Parteien auch hinſichtlich der aus dem Commiſſionsgeſchäft zwiſchen ihnen entſtandenen Streitigkeiten einem Schiedsgericht in gleicher Weiſe unterworfen haben, wie dies nach dem Inhalte der gedruckten Mäkler-Schlußſcheine bei den An- und Verkäufern der Fall iſt. *) Hierzu hätte es einer ausdrücklichen Erklärung der Parteien bedurft und eine ſolche iſt in der gedachten Correſpondenz nicht enthalten. Der Einwand der Incompetenz iſt hiernach zu verwerfen."

---

*) Cf. §. 7. Nr. 7.

bb) in seinem Urtel v. 15. Jan. 1857 (betr. die Sache selbst):

„Was den Einwand des Verklagten anlangt, daß für die Beurtheilung der klägerischen Ansprüche lediglich die Schlußscheine der vereideten Mäkler und die hiesigen Börsen-Usancen maßgebend seien, so konnte dem nicht beigetreten werden. Zwar ergiebt der zwischen den Parteien gepflogene Briefwechsel, daß in Betreff der Lieferung Seitens des Verklagten oder Klägers bei dem verkauften oder angekauften Getreide die Börsen-Usancen und die Schlußscheine der Mäkler die rechtliche Grundlage haben bilden sollen. Es hat indessen eine Lieferung von keiner Seite stattgefunden. Die einzelnen Geschäfte sind vielmehr nicht durch Erfüllung, sondern durch Compensation ausgeglichen worden, so daß die Bedingungen, unter denen die Börsen-Usancen und die Schlußscheine der Mäkler haben rechtliche Geltung finden sollen, nicht eingetreten sind. Die klägerischen Ansprüche beruhen einmal auf den ihm ertheilten Aufträgen, und andrerseits, soweit sie die Erstattung der gezahlten Differenz zum Gegenstande haben, event. auf einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Bei der rechtlichen Beurtheilung derselben kommen mithin die §§. 65 und 154, sowie 228 sq., I, 13. Allg. L.-R. (über Vollmachtsaufträge und Uebernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag) zur Anwendung."

b) Das Berliner Kammergericht

aa) in seinem Urtel v. 5. Jan. 1855 (betr. die Competenzfrage):

„Die von den Parteien vorgelegte beiderseitige Correspondenz ergiebt zwar, daß ein solches Abkommen, wie Verklagter behauptet, unter ihnen zu Stande gekommen ist. Auch liegt gegen die Rechtsbeständigkeit des in den Formularen der Mäkler-Schlußscheine enthaltenen Compromißvertrages an sich kein Bedenken vor. Dessenungeachtet erweist sich bei näherer Betrachtung des vorliegenden Rechtsverhältnisses der Einwand der Incompetenz

als unbegründet. (Es folgt nunmehr der bereits im §. 20 mitgetheilte Paſſus. Es wird ſodann nach dem Satze: „Auf das Verhältniß unter den Parteien, inſofern es Mandatsverhältniß geblieben iſt, leiden jene Bedingungen der Mäkler-Schlußſcheine keine Anwendung" — fortgefahren:) weil dieſe ſich über ein weſentlich verſchiedenes Geſchäft, über einen Kauf reſp. Lieferungsvertrag verhalten, und dieſe Anwendung iſt nach Obigem auch nicht vereinbart. Jenes eventuelle Rechtsverhältniß iſt aber nicht zur Exiſtenz gekommen, da die dem Kläger aufgetragenen Geſchäfte nicht realiſirt worden ſind, aus einem ausgeführten An- oder Verkauf von Getreide gegen Verklagten wenigſtens keine Anſprüche geltend gemacht werden (?!) Die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu einander ſind innerhalb der Grenzen des urſprünglichen Mandatsverhältniſſes verblieben; die Bedingungen der Mäklerſchlußſcheine können daher hier überhaupt nicht maßgebend ſein. Wenn man aber auch annehmen wollte, daß nach dem Zwecke jener Abrede auch die, aus dem Mandatsverhältniß originirenden gegenſeitigen Rechte und Verbindlichkeiten den Bedingungen der Mäklerſchlußſcheine hätten unterworfen werden ſollen, ſo würde ein rechtsbeſtändiger Compromißvertrag dennoch nicht vorhanden ſein; denn ein ſolcher erfordert zu ſeiner Gültigkeit eine ausdrückliche beſtimmte Willenserklärung; dieſem Requiſite iſt aber durch jene allgemeine Bezugnahme der qu. Abrede auf den Inhalt der Mäklerſchlußſcheinformulare nicht entſprochen".

bb) in ſeinem Urtel vom 15. Januar 1857 (betreffend die Sache ſelbſt) geht von der hier ſtillſchweigend gemachten Vorausſetzung aus, daß obige Frage zu verneinen ſei.

c) das Berliner Ober-Tribunal in ſeinem Urtel vom 4. Mai 1858 (betreffend die Sache ſelbſt) thut ein Gleiches.

Ehe wir zur Kritik der angeführten Gründe und demnächſt zu

einer positiven Beantwortung der mehrerwähnten Frage schreiten, müssen wir vorweg bemerken,

daß Verklagter Rentier F. zunächst den Präjudizial-Einwand der Incompetenz des Gerichts, bei welchem die Klage angestrengt worden, auf Grund der in den Mäklerschlußscheinen enthaltenen Bestimmungen erhoben und die Erledigung des Streites durch ein Schiedsgericht verlangt hatte.

Dieser Einwand wurde von dem Berliner Stadtgericht und Kammergericht durch die sub a. litt. aa. und sub b. litt. aa. allegirten Entscheidungen verworfen.

Auch die vom Verklagten gegen das zweitinstanzliche Urtel eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde von dem Ober-Tribunal durch Erkenntniß vom 4. Oct. 1855 zurückgewiesen und zwar in Erwägung:

„daß die Einrede der Incompetenz des Gerichts, bei welchem die Klage erhoben worden, von dem Verklagten darauf gestützt werde, daß zwischen ihm und dem Kläger ein Compromißvertrag dahin geschlossen worden sei, daß alle aus den der Klage zum Grunde liegenden Rechtsgeschäften entstehenden Streitigkeiten durch Schiedsrichter entschieden werden sollten;

daß die Entscheidung über diese Einrede davon abhänge: ob ein solcher Compromißvertrag überhaupt und rechtsgültigerweise zu Stande gekommen sei?

daß aber über diese Frage des Vorhandenseins des materiellen Fundamentes der Einrede der Richter zufolge der an sich zu seiner Competenz gehörigen Klage vermöge der Einrede selbst zur Entscheidung berufen und verpflichtet gewesen, die auf Verletzung des §. 5. No. 8 der Verordn. vom 14. December 1833 gestützte Nichtigkeitsbeschwerde mithin unbegründet sei".

Es sei uns gestattet, bei diesem Präjudicate des höchsten Gerichtshofes einige Augenblicke zu verweilen.

Die Verordn. vom 14. December 1833 erklärt im §. 5. No. 8 die Nichtigkeitsbeschwerde für statthaft,

> wenn ein Richter, der aus irgend einem Grunde in der Sache nicht competent ist, sich der Instruction und Entscheidung derselben unterzogen und auf den ihm vom Imploranten zeitig gemachten Einwand der Incompetenz keine Rücksicht genommen hat.

Im vorliegenden Falle hatte zwar der vom Imploranten (Verklagten) für incompetent erachtete Richter sich nicht sofort der Instruction und Entscheidung unterzogen, sondern, da der Verklagte vorerst eine Entscheidung über den Einwand der Incompetenz verlangt hatte, zunächst nur erklärt, daß er competent sei, sich also der Instruction und Entscheidung unterziehen werde. Unzweifelhaft steht dies aber mit dem Falle, wo der als incompetent bezeichnete Richter den Einwand der Incompetenz verworfen und zugleich in der Sache selbst erkannt hat, auf ganz gleicher Linie, und kein Jurist wird behaupten wollen, daß, wenn der Einwand der Incompetenz abgesondert zur Entscheidung gelange, gegen das ihn verwerfende Urtel niemals die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sei, Letztere vielmehr immer nur dann stattfinde, wenn der incompetente Richter zugleich in der Sache selbst erkannt habe. Der alleg §. 5. No. 8. kann also lediglich den Sinn haben, daß die Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt statthaft sei, sofern der rechtzeitig vom Imploranten als incompetent zurückgewiesene Richter diese Einrede verworfen hat.

Natürlich ist der wegen Incompetenz perhorrescirte Richter, wenn er das „materielle" (soll wohl heißen: factische) Fundament der Einrede für an sich erheblich hält, auch über das Vorhandensein dieses Fundaments (d. i. über die Richtigkeit der dasselbe bildenden Thatsachen) zu entscheiden ebenso befugt wie verpflich-

tet, und wenn er das Vorhandenſein verneint und in Folge deſſen den Einwand der Incompetenz verwirft, iſt eben die Nichtigkeitsbeſchwerde zuläſſig.

Das Ober-Tribunal deduzirt jedoch ſo:

Wenn der als incompetent perhorrescirte Richter ſich für competent erklärt hat, ſo findet die Nichtigkeitsbeſchwerde ſtatt.

Iſt jedoch der als incompetent perhorrescirte Richter ſelbſt zur Entſcheidung über den Einwand der Incompetenz competent, ſo iſt ſeine desfallſige Entſcheidung keine incompetente.

Alſo kann, wenn ein ſolcher Richter ſich für competent erklärt, ſeine Entſcheidung nicht wegen Incompetenz mit der Nichtigkeitsbeſchwerde angefochten werden.

Das Trügeriſche dieſes Schluſſes liegt darin, daß „Incompetenz zur Entſcheidung der Sache ſelbſt" mit „Incompetenz zur Entſcheidung der Präjudizial-Einrede" verwechſelt wird. Die Nichtigkeitsbeſchwerde iſt im gedachten Falle freilich nicht wegen Incompetenz zur Entſcheidung des Präjudizial-Einwandes, wohl aber wegen Incompetenz zur Entſcheidung der Sache ſelbſt, d. i. wegen unrichtiger Entſcheidung des Präjudizial-Einwandes, zuläſſig.

Man könnte aus den Gründen jenes Präjudicats vielleicht herausleſen wollen, daß das Ober-Tribunal die Nichtigkeitsbeſchwerde eigentlich um deshalb zurückgewieſen habe, weil der Implorant nicht dargethan, daß der Vorderrichter bei Entſcheidung der Frage nach dem „Vorhandenſein des materiellen Fundamentes der Einrede" Rechtsgrundſätze oder weſentliche Prozeßvorſchriften verletzt habe. Abgeſehen jedoch davon, daß dies Motiv ſehr unklar ausgedrückt wäre, würde daſſelbe auch gegen die bisherige Praxis des höchſten Gerichtshofes verſtoßen, nach welcher dem Nichtigkeitsrichter hinſichtlich der behaupteten Incompetenz des Vorderrichters eine freie, von den factiſchen

Voraussetzungen desselben nicht abhängige Beurtheilung gebührt. (Präj. Nr. 1519 vom 20. Dec. 1844; Präj.-S. S. 377.)

Wenden wir uns nunmehr den Gründen der Instanzenrichter zu! Diese Gründe, aus denen die in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen auf das Rechtsverhältniß der Parteien keine Anwendung finden sollen, laufen im Wesentlichen auf folgende Sätze hinaus:

1) Die Parteien haben sich zwar den hiesigen Börsen-Usancen und den Bedingungen der Mäklerschlußscheine unterworfen, jedoch nur für den Fall, daß der Verklagte dem Kläger wirklich liefere oder von Letzterem wirklich geliefert erhalte, nicht aber für den Fall, daß keine wirkliche Lieferung erfolge.

2) Wäre nämlich eine wirkliche Lieferung geschehen, so hätte das Rechtsverhältniß der Parteien den Charakter eines Lieferungsvertrages angenommen; da keine wirkliche Lieferung erfolgt ist, ist jenes Rechtsverhältniß innerhalb der Grenzen des Mandates verblieben. Auf das bloße Mandatsverhältniß kann aber die Abrede, daß die Mäklerschlußschein-Bedingungen zur Anwendung kommen sollen, nicht bezogen werden.

3) Die Bedingung der Mäklerschlußscheine, daß bei Streitigkeiten schiedsrichterliche Entscheidung eintreten soll, kann im vorliegenden Falle schon um deshalb nicht maßgebend sein, weil der Compromißvertrag eine ausdrückliche Erklärung erfordert, in der Unterwerfung unter die Bedingungen der Mäklerschlußscheine aber eine ausdrückliche Vereinbarung, daß schiedsrichterliche Entscheidung eintreten soll, nicht gefunden werden kann.

Ein einziger Blick in die Mäklerschlußscheine wird hinreichen, uns darüber zu belehren, was von den Behauptungen zu 1. und 2 zu halten ist.

Nach den Mäklerschlußscheinen (§. 7. Nr. 5) kann kein Theil gegen den Andern wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeiten desselben Ansprüche erheben, d. i. Erstattung der Preisdifferenz

verlangen, wenn er nicht rechtzeitig gegen den Nichterfüllenden Protest hat erheben lassen. Dieser Bestimmung nun sollen sich die Parteien für den Fall unterworfen haben, daß Verklagter dem Kläger, oder Kläger dem Verklagten wirklich liefere, d. i. seine Verbindlichkeit erfülle, wo also jene Bestimmung gerade unanwendbar ist! Zu dieser verkehrten Annahme sind die Gerichtshöfe lediglich durch die übertfeine Unterscheidung zwischen dem „eventuellen Lieferungsvertrage" und dem „ursprünglichen Mandatsverhältnisse" gelangt. Kein Unbefangener aber wird zu behaupten wagen, daß eine derartige Unterscheidung den Parteien bei deren Correspondenz auch nur in dunkelster Weise vorgeschwebt habe, und daß die Intention der Parteien wirklich dahin gegangen sei, die Schlußschein-Bestimmungen nur dann, wenn das Mandatsverhältniß durch Lieferung an den Verklagten oder von dem Verklagten den Charakter eines Lieferungsvertrages annehme, eintreten zu lassen, dieselben aber auszuschließen, wenn der Verklagte weder selbst liefere noch selbst geliefert erhalte. Was soll man nun von der Interpretation eines Rechtsgeschäftes denken, die, um juristisch scharf zu erscheinen, für das, was die Parteien in Wahrheit gewollt haben, völlig blind ist? Nicht blos im Handelsstande wird man darüber einig sein, daß eine solche Interpretation schlechthin zu verwerfen ist. Wir sind kein Freund plumper Rechtsprechung; jene gekünstelte Unterscheidung zeigt aber wieder einmal, wie leicht dem nach juristischer Subtilität haschenden Verstande sich gerade das Gegentheil von dem, was die einfache Vernunft der Sache ist, als glänzende Wahrheit darstellt.

Was die Behauptung zu 3 betrifft, so liegt auch ihre Unrichtigkeit auf der Hand.

Wenn in der Correspondenz der Parteien bei jedem neuen Geschäfte gesagt wird: „nach den in den Schlußscheinen der vereideten Mäkler stipulirten Bedingungen", so steht diese Bezugnahme unbestritten einem wörtlichen Inseriren der in jenen Schluß-

ſcheinen enthaltenen Beſtimmungen durchaus gleich. Die gedachten Beſtimmungen enthalten aber eine ausdrückliche Verabredung ſchiedsrichterlicher Entſcheidung (§. 7. Nr. 7); alſo enthält auch die Correſpondenz der Parteien eine ſolche ausdrückliche Verabredung.

Von dem Standpunkte aus, welchen wir bei der Beurtheilung des Rechtsverhältniſſes der Parteien im §. 20 eingenommen haben, kann es nicht zweifelhaft ſein, daß die Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine auf die Parteien, welche einander nur dem Namen nach als Committent und Commiſſionär, in Wahrheit als Käufer und Verkäufer gegenüberſtehen, ſchlechthin und ohne Einſchränkung anzuwenden ſind. Das einzige Bedenken, welches etwa geltend gemacht werden könnte, würde darin beſtehen, daß der Kläger dem Verklagten nicht blos als Roggen-Verkäufer, ſondern auch als Roggen-Käufer gegenüberſtand. Man könnte nämlich ſo deduziren:

a) Der Kläger hatte dem Verklagten 100 Wispel Roggen per Mai, Juni und 100 Wispel Roggen per Juni, Juli 1853 zu liefern.

b) Dagegen hatte der Verklagte dieſelben Quantitäten Roggen per Mai, Juni, reſp. Juni, Juli 1853 an den Kläger zu liefern.

c) Der Kläger konnte deshalb ohne Weiteres compenſiren.

d) Er brauchte alſo die Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine nicht zu beobachten.

Der Satz zu c. iſt jedoch nichts weiter als ein petitio principii und nur dann richtig, wenn der Satz zu d richtig iſt.

Finden die Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine auf das Rechtsverhältniß der Parteien Anwendung — und Letztere haben ſich jenen Beſtimmungen ausdrücklich unterworfen — dann war für jeden Theil, falls der Andere nicht freiwillig erfüllte, nur ein Geld-Anſpruch, beſtehend in der Differenz zwiſchen dem bei dem

anderweitigen An- oder Verkauf des Roggens ſich ergebenden und dem von den Parteien ſtipulirten Kaufpreiſe, und auch nur dann begründet, wenn gegen den Nichterfüllenden rechtzeitig Proteſt aufgenommen wurde. Ohne rechtzeitige Proteſtaufnahme zerfiel das Geſchäft in Nichts. Jener Geldanſpruch war ferner dadurch bedingt, daß der Käufer das nicht gelieferte Getreide rechtzeitig anderweit ankaufen und daß der Verkäufer das in natura vorhandene, jedoch vom Käufer nicht angenommene Getreide rechtzeitig anderweit verkaufen ließ. Wurde dieſe Bedingung nicht erfüllt, ſo löſte ſich das ganze Geſchäft gleichfalls in Nichts auf. In natura konnte das ſtipulirte Getreide weder gefordert noch aufgedrungen werden. Daraus folgt, daß eine Compenſation der Natural-Leiſtungen ohne die erklärte Zuſtimmung beider Theile nicht möglich war; nur eine Compenſation der Differenzforderungen war ſchlechthin zuläſſig; dieſe aber ſetzten eben Proteſtaufnahme ꝛc. voraus. Ließ der Kläger bei den Geſchäften, wo er Verkäufer war, die feſtgeſetzte Lieferungszeit verſtreichen, ohne das Getreide auch nur anzubieten, und unterließ derſelbe bei den Geſchäften, wo er Käufer war, am letzten Lieferungstage die Aufnahme des Proteſtes, ſo konnte er aus beiderlei Geſchäften auch nicht den geringſten Anſpruch herleiten.

Gegen die Annahme, daß zwiſchen den Parteien eine Compenſation der beiderſeitigen Naturalleiſtungen von Rechtswegen ſtatthaft geweſen ſei, ſpricht endlich auch folgende Betrachtung: So lange die ſtipulirte Lieferungszeit lief und eine Kündigung (Anbietung) des Roggens von keinem Theile erfolgt war, war keine der Roggenpoſten fällig und der Tag der künftigen Fälligkeit bei jeder einzelnen Poſt in das (allerdings nicht unbegrenzte) Belieben des reſp. Verkäufers geſtellt, alſo auch eine Compenſation ohne gegenſeitige Zuſtimmung nicht möglich. Mit dem Ablaufe der durch keine Kündigung unterbrochenen Lieferungszeit aber verwandelten ſich die Anſprüche der Käufer in bedingte Ent-

ſchädigungsanſprüche; eine Compenſation der Naturalleiſtungen war alſo nunmehr erſt recht ausgeſchloſſen.

In der That geht auch die Handelswelt, wie uns von competenter Seite verſichert wird, von der Anſicht aus, daß eine derartige Compenſation nicht Platz greife.

Die Eingangs dieſes Paragraphen aufgeworfene Frage muß übrigens ſelbſt dann ohne Vorbehalt bejaht werden, wenn man annimmt, das Rechtsverhältniß der Parteien ſei ein bloßes Mandatsverhältniß.

Beide Theile haben in ihrer Correſpondenz durch die Worte:

„Sie haben an mich zu liefern nach den Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine" — „ich habe an Sie nach jenen Beſtimmungen zu liefern"

ausdrücklich erklärt, daß, wenn ein Theil von dem andern Lieferung oder Abnahme des Roggens verlange, dies nach den Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine geſchehen ſolle. Eine ſolche Verabredung kann aber, wenn man ſie nicht juriſtiſchen Diſtinctionen zu Liebe auf den Kopf ſtellen will, nicht anders als dahin verſtanden werden: wenn der Verklagte ſich wegen der Differenzforderung an den „del credere ſtehenden" Kläger halten wolle, habe er dieſem gegenüber alle Vorſchriften der Mäklerſchlußſcheine zu beobachten und umgekehrt müſſe der Kläger, wenn er von dem Verklagten Erſatz einer Differenz begehre, gleich einem dritten Käufer oder Verkäufer auch dem Verklagten gegenüber die Formalitäten der Mäklerſchlußſcheine erfüllen. — Brauchte der Kläger Letzteres nicht zu thun, was half es dann dem Verklagten, daß er beim Abſchluß der Geſchäfte unzweideutig ausgeſprochen hatte: er wolle nur nach den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler an den Kläger liefern und von ihm empfangen; alſo auch nur dann zu einer Differenzzahlung dem Kläger verpflichtet ſein, wenn die Mäklerſchlußſcheine eine ſolche Verpflichtung ihm auferlegten?

§. 22. Beweislast rücksichtlich der Ausführung der Aufträge.

Dritte Frage. Muß der Kläger K., wenn er den Rentier F. auf Grund der ausgeführten Aufträge zu verkaufen resp. zu kaufen, belangen will, nachweisen, daß er wirklich an dritte Personen verkauft resp. von ihnen gekauft habe, und daß diese mit den dritten Personen abgeschlossenen Roggen-Ver- resp. Ankäufe wirklich für Rechnung des Rentier F. und nicht etwa für eigene Rechnung oder für Rechnung eines andern Committenten vorgenommen worden seien?

Ist man mit uns der Ansicht, daß der Kläger dem Verklagten nicht als Mandatar sondern als Kaufcontrahent gegenübersteht, so kann diese Frage nur noch rücksichtlich der Provisionsforderung aufgeworfen werden. Denn rücksichtlich der Differenzforderung ist es gleichgültig, ob Kläger durch Abschluß von Ein- resp. Verkaufsverträgen mit dritten Personen sich die gefahrlose Erfüllung der mit dem Verklagten eingegangenen Rechtsgeschäfte wirklich gesichert hatte oder nicht, und allein der Umstand entscheidend, ob vom Kläger dem Verklagten gegenüber die Bestimmungen der Mäklerschlußscheine beobachtet worden. Dagegen fragt es sich allerdings, ob der Kläger die stipulirte Provision beanspruchen darf, wenn er nicht nachweist, daß er, ehe er vom Verklagten ge- oder an denselben verkauft, die nämlichen Roggenposten an Dritte ver- resp. von Dritten gekauft habe. Unseres Erachtens ist jedoch die Frage der Intention der Contrahenten gemäß zu verneinen. Der sog. Committent bewilligt die Provision dem sog. Commissionär zwar zu dem Zweck, damit der Letztere, ohne leer auszugehen, im Stande sei, sich durch Verträge mit dritten Personen den Rücken zu decken, nicht aber unter der Bedingung, daß dies wirklich geschehe. Es ist dem sog. Com-

mittenten vielmehr einerlei, ob der ſog. Commiſſionär das mit dem Geſchäfte verbundene Riſico auf dritte Schultern wälzt und ſich für die desfallſige Mühe die Proviſion als Aequivalent berechnet, oder ob der ſog Commiſſionär das Riſico des Geſchäfts ſelber übernimmt und hierfür in der Proviſion eine Vergütung ſowie ein Reizmittel, auf die Propoſitionen des ſog. Committenten einzugehen, findet.

Betrachtet man aber den Kläger als bloßen Mandatar, dann liegt ihm freilich zur Begründung der Differenz- wie der Proviſionsforderung die Pflicht ob, zu beweiſen, daß er die Aufträge wirklich erfüllt, alſo die betreffenden Verträge mit den dritten Perſonen nicht blos thatſächlich abgeſchloſſen, ſondern auch zur Erfüllung jener Aufträge, d. i. für den Verklagten, nicht für eigene oder eines andern Committenten Rechnung abgeſchloſſen habe. Dieſer letzte Theil des Beweisthemas müßte zwar als erledigt betrachtet werden, wenn der Kläger ſogleich mit der Anzeige von der Ausführung der Aufträge dem Verklagten die Namen der dritten Contrahenten mitgetheilt hätte; denn der Nachweis, daß der in eigenem Namen contrahirende Commmiſſionär doch nicht für eigene Rechnung, ſondern für die des Committenten contrahirt habe, kann füglich nicht anders erbracht werden, als dadurch, daß der Commiſſionär ſogleich bei der Anzeige von dem Abſchluſſe des auftraggemäßen Geſchäfts ſeinem Machtgeber entweder den betreffenden Schlußſchein einſendet oder, falls dies nicht wohl thunlich, wenigſtens den dritten Contrahenten namhaft macht. Der Kläger hat dies aber unterlaſſen und muß es ſich daher ſelbſt zuſchreiben, wenn ihm jetzt der ſchwer zu führende Beweis einer Negative (daß er nämlich nicht für andere als des Verklagten Rechnung contrahirt habe) zugemuthet wird. Will doch ein von Manchen behaupteter Deutſcher Handelsgebrauch*) den

*) Cf. Th. I. dieſer Schrift §. 7.

Kläger in ſolchem Falle dem Verklagten gegenüber ſchlechthin als Selbſtkäufer reſp. Selbſtverkäufer behandelt wiſſen. Hätte der Kläger nicht einmal den Beweis jener Negative zu erbringen, ſo wäre ihm die Macht gegeben, das nämliche Geſchäft den verſchiedenſten Perſonen als für ſie geſchloſſen in Rechnung zu ſtellen. Recht einleuchtend aber wird die Nothwendigkeit des gedachten Nachweiſes wohl durch den Umſtand, daß

1) das dritte Rechtsgeſchäft, von welchem der Kläger dem Verklagten am 17. Mai 1853 angezeigt hatte, daß es zu 47¼ Thlr. pro Wispel abgeſchloſſen ſei (§. 3.), mit dem erſt am 19. Mai 1853 zu 48 Thlr. pro Wispel abgeſchloſſenen (§. 11.), und daß

2) das vierte Rechtsgeſchäft, welches der Kläger nach ſeinem Briefe vom 18. Mai 1853 zu 47¾ Thlr. pro Wispel abgeſchloſſen haben wollte, jetzt mit einem am 18. März 1853 zu 47⅝ abgeſchloſſenen (§. 12.) identiſch ſein ſoll.

Die Gerichtshöfe, welche in dieſer Sache geſprochen haben, begründen ihre in dieſem Punkte von der unſrigen abweichende Anſicht ſehr dürftig.

Das Stadtgericht zu Berlin ſagt in ſeinem Urtel vom 15. Jan. 1857 nur Folgendes:

„Wenn Verklagter beſtreitet, daß Kläger die berührten Geſchäfte für ihn abgeſchloſſen habe, ſo konnte hierauf kein Gewicht gelegt werden, da vom Kläger nicht der Beweis der Negative, daß er für keinen andern als den Verklagten die Geſchäfte ausgeführt hat, zu verlangen iſt*), vielmehr Verklagter anzugeben und unter Beweis zu ſtellen hatte, daß

*) Iſt denn der Beweis einer Negative ein ſchlechthin nicht zu verlangender Beweis? Iſt etwa derjenige, welcher über den Empfang einer Zahlung quittirt hat und nachher behauptet, daß er keine Zahlung erhalten habe, von dem Beweiſe dieſer Behauptung um deshalb frei, „weil von ihm nicht der Beweis der Negative zu verlangen iſt", und ſoll deshalb der Quittungsempfänger die Richtigkeit der Quittung nachweiſen?

Kläger für eine dritte Person die Geschäfte abgeschlossen gehabt. Es ist ferner unerheblich, daß Kläger den Namen seines Käufers oder Verkäufers dem Verklagten nicht sogleich mitgetheilt hat, da Letzterer solches nicht verlangt hat*), vielmehr ohne dieses Verlangen kund zu geben, den vom Kläger gemachten Ankauf und Verkauf acceptirte."

Das dasige Kammergericht äußert in seinem Urtel vom 17. Juli 1857 sich nur dahin:

„Es genügt, was den dem Kläger obliegenden Beweis betrifft, der unstreitig ertheilte Auftrag und die Genehmigung der Preise Seitens des Klägers (soll heißen: Verklagten), nachdem er von dem Abschlusse der Geschäfte in Kenntniß gesetzt war, verbunden mit der Erklärung des Klägers, daß er beide Geschäfte für den Verklagten abgeschlossen habe, so lange, bis der Verklagte nachweist, daß beide Geschäfte nicht für ihn, sondern von dem Kläger für eigene oder für Rechnung eines Dritten gemacht worden seien."

Das Berliner Ober-Tribunal endlich hat sich in seinem Urtel vom 4. Mai 1858 wie folgt ausgelassen:

„Der Kläger hatte sich nur verpflichtet, gewisse Quantitäten Roggen zu bestimmten Preisen und für bestimmte Lieferzeiten zu verkaufen, resp. zu kaufen**) und dem Verklagten gegen Lieferung des verkauften Roggens das dafür bedungene Kaufgeld und gegen Zahlung des für den gekauften Roggen versprochenen Kaufgeldes den gekauften Roggen zur Disposition

*) Die Aufbürdung des Beweises einer sogenannten negativen Thatsache soll ja nicht eine Strafe dafür sein, daß der Kläger einer ihm obliegenden Pflicht nicht nachgekommen; sie ist vielmehr eine freilich unangenehme Folge davon, daß der Kläger eine Maßregel (die zeitige Nennung des Dritten) unterlassen hat, die ihn von jener Beweislast befreit haben würde.

**) Eine solche Verpflichtung hat er niemals übernommen. Er hat vielmehr die Ein- und Verkaufs-Aufträge des Verklagten, ohne eine Verpflichtung dazu zu haben, angeblich ausgeführt.

zu ſtellen. Daß der Kläger dieſer Verpflichtung nicht nachgekommen ſei, iſt in der Beſchwerdeſchrift nicht behauptet; vielmehr vermißt der Verklagte nur den Nachweis, daß die Geſchäfte für ihn, alſo für ſeine Rechnung abgeſchloſſen worden. Ob aber dieſer Nachweis bis zum Beweiſe des Gegentheils ſchon durch die unſtreitigen Thatſachen für geführt zu achten? die Beantwortung dieſer Frage iſt lediglich (?) prozeſſualiſcher Natur. Sie iſt indeß vom vorigen Richter auch mit Recht zu Gunſten des Klägers beantwortet. Denn da der Kläger, nach der Natur des Commiſſionshandels, die fraglichen Verträge nur im eigenen Namen ſchließen, mithin ſeine Willensmeinung: für weſſen Rechnung er ſie geſchloſſen haben wolle, nur in Erklärungen gegen ſeinen Committenten ihren Ausdruck finden konnte; ſo liegt der Nachweis: daß ſie für Rechnung des Verklagten geſchloſſen worden, eben darin, daß der Kläger dieſem alsbald nach Abſchluß jedes einzelnen Geſchäfts die Ausführung deſſelben für Rechnung des Verklagten unter genauer [?*)] Angabe der einzelnen Modalitäten gemeldet hat. Wie noch ein anderer Nachweis für dieſe Willensmeinung des Klägers zu führen ſein ſollte und geführt werden könnte, iſt nicht abzuſehen."

Die letzte Behauptung des Ober-Tribunals muß um ſo mehr befremden, da der Verklagte wiederholt in ſeinen Schriftſätzen angedeutet hat,

„auf welche Weiſe noch ein anderer Nachweis für die Willensmeinung des Klägers hätte geführt werden können",

indem er an mehr als einer Stelle ausgeführt hat: die bloße Anzeige von dem Abſchluſſe des Geſchäfts habe nicht hingereicht,

---

*) Cf. das oben in Betreff des dritten und vierten Rechtsgeſchäfts Bemerkte.

den Nachweis zu führen, daß das abgeſchloſſene Geſchäft auch wirklich für des Verklagten Rechnung abgeſchloſſen worden; hierzu ſei vielmehr auch die ſofortige Namhaftmachung des Dritten erforderlich geweſen. — Am bündigſten aber hätte Kläger den Nachweis erbracht, daß die Geſchäfte für Rechnung des Verklagten abgeſchloſſen ſeien, wenn er dieſem ſofort die Schlußſcheine ausgehändigt hätte. Dies einfachſte aller Auskunftsmittel wird von dem Ober-Tribunal für ein unfindbares erklärt!

§. 23. Natur der Erfüllung der mit den Dritten geſchloſſenen Verträge durch den Kläger.

Vierte Frage. Charakteriſirt ſich die Handlungsweiſe des K., welche darin beſtanden haben ſoll, daß er die für den Rentier F. contrahirten Verkäufe reſp. Einkäufe durch Ablieferung oder Ueberweiſung des für Rentier F. gekauften Roggens an die Abkäufer des für F. verkauften Roggens abwickelte und eine etwaige Differenz bezahlte, als Ausführung eines Mandats oder als Geſchäftsführung ohne Auftrag oder als was ſonſt?

Dieſe Frage kann in Bezug auf die Differenzforderung gleichfalls nur dann aufgeworfen werden, wenn man den Kläger als bloßen Mandatar betrachtet, und ſoll daher auch nur aus dieſem Geſichtspunkte beantwortet werden.

Daß der Auftrag, einen Vertrag für den Machtgeber abzuſchließen, noch nicht die Vollmacht enthält, den abgeſchloſſenen Vertrag demnächſt für den Geſchäftsherrn zu erfüllen, z. B. die gekaufte Sache in Empfang zu nehmen und zu bezahlen, die verkaufte, nicht im Beſitze des Verkäufers befindliche Sache anzuſchaffen und ſodann dem Käufer zu tradiren: dies wird ſchwerlich von Jemand geleugnet werden; er mag die Vorſchriften des

Deutſchen gemeinen, des Oeſterreichiſchen oder des Preußiſchen Privatrechts vor Augen haben.

Anders verhält ſich die Sache freilich, wenn der Mandatar zufolge des Auftrags oder zwingender äußerer Verhältniſſe den Vertrag auf eigenen Namen abgeſchloſſen hat. Dann wird als Regel anzunehmen ſein, daß wenn der Geſchäftsherr den Mandatar nicht von der übernommenen Verbindlichkeit rechtzeitig befreit, der Mandatar zur ſelbſtſtändigen, auf die zweckmäßigſte Weiſe vorzunehmenden Erfüllung ermächtigt iſt und die ihm dadurch entſtandenen Auslagen mit der actio mandati contraria gegen den Geſchäftsherrn einklagen kann, gleichwie er mit jener Klage gegen den Machtgeber auf Befreiung von der Verbindlichkeit, das Geſchäft zu erfüllen, zu bringen befugt iſt.

(Cf. l. 45. D. 17, 1; §. 1014. Thl. II. Oeſt. B. G.-B. §. 82, I, 13. A. L.-R.)

Die Erfüllung des mit dem Dritten abgeſchloſſenen Vertrages Seitens des Mandatars charakteriſirt ſich alſo in ſolchem Falle regelmäßig als zur Ausführung des Mandates gehörend.

Dieſe Regel leidet aber nothwendig eine Ausnahme, wenn das mit dem Dritten contrahirte Geſchäft, der Inſtruction des Machtgebers gemäß, ſo abgeſchloſſen iſt, daß der Machtgeber, reſp. der für ihn vorgeſchobene Mandatar den Vertragsgegenſtand weder in natura zu leiſten noch anzunehmen braucht, ſondern ſtatt deſſen eine gewiſſe Entſchädigung zu zahlen vorziehen kann. Hier iſt, wenn keine entgegengeſetzte Willenserklärung des Machtgebers vorliegt, die Annahme gerechtfertigt, der Machtgeber wolle es auf die Entſchädigung (die Differenzzahlung) ankommen laſſen; eben weil er keine Anweiſung zur effectiven Erfüllung des Geſchäftes ertheilt hat. Der Mandatar kann daher nur dann, wenn er die Entſchädigung gezahlt hat, mit der Mandatsklage Erſatz beanſpruchen; hat er effectiv erfüllt, ſo iſt dies bloße negotiorum gestio (Geſchäftsführung ohne Auftrag) und nach deren Grund-

ſätzen ein aus der effectiven Erfüllung gegen den Machtgeber hergeleiteter Anſpruch zu beurtheilen.

Wenden wir das eben Geſagte auf folgendes Beiſpiel an! B. hat im Auftrage des A., jedoch in eigenem Namen eine Quantität Roggen zum Preiſe von 100 Thlr. pro Wispel per Juni, Juli unter den in den Schlußſcheinen der vereideten Mäkler enthaltenen Bedingungen verkauft und erhält von A. keine weitere Inſtruction, in welcher Weiſe das Geſchäft abzuwickeln. Am 30. Juli iſt der Roggen auf 105 Thlr. pro Wispel geſtiegen. B. kauft jetzt zu dieſem Preiſe das am 31. Juli zu liefernde Quantum Roggen an und benützt es am folgenden Tage zur effectiven Erfüllung des früher geſchloſſenen Verkaufsgeſchäfts. War nun der Roggen am 31. Juli auf 100 Thlr. gefallen, und auch am nächſten Tage nicht wieder geſtiegen, ſo kann B. ſchon deshalb keine Erſtattung der aus ſeiner Taſche verauslagten Differenzſumme von 5 Thlr. pro Wispel Seitens des A. verlangen, weil die Geſchäftsführung ohne Auftrag durchaus keine nützliche geweſen iſt. Durch dieſe Geſchäftsführung hat der Mandatar gewiſſermaßen das in dem möglichen Sinken und Steigen der Preiſe beſtehende Riſico von den Schultern des Machtgebers auf ſeine eigenen gewälzt.

Zum vorliegenden Rechtsſtreite haben nun ſolche Geſchäfte Veranlaſſung gegeben, bei welchen es in der Wahl des Verklagten (Auftraggebers) ſtand, dieſelben effectiv zu erfüllen oder eine Differenz zu zahlen.

An ſich war alſo der Kläger (Mandatar) nur zu einer Abwickelung der zweiten Art ermächtigt und ſein entgegengeſetztes Verfahren (beſtehend in der Abnahme des gekauften Roggens und Ueberweiſung deſſelben, alſo Lieferung des verkauften Roggens an die Abkäufer) war daher kein auftraggemäßes.

Seine daraus hergeleitete Forderung auf Erſtattung der Differenz zwiſchen dem von ihm angeblich gezahlten Ein- und

dem von ihm angeblich empfangenen Verkaufspreiſe (nicht etwa zwiſchen dem Ein- reſp. Verkaufspreiſe, welcher zwiſchen dem Kläger und dem Dritten verabredet worden, und dem Ein- reſp. Verkaufspreiſe, für welchen der Dritte anderweitig ein- reſp. verkauft hätte) mußte daher nach den Grundſätzen von der Geſchäftsführung ohne Auftrag begründet werden.

Die Nothwendigkeit einer derartigen Begründung und daß ihr von dem Kläger keine Rechnung getragen worden, haben beide Inſtanzenrichter anerkannt.

Das Berliner Stadtgericht ſagt in ſeinem Urtel vom 15. Jan. 1857 (in Betreff des erſten und fünften Geſchäfts):

„Kläger hat ohne Auftrag gehandelt, von der ihm durch Z. und R. am 22. Juli 1853 gewordenen Kündigung den Verklagten nicht unterrichtet, vielmehr eigenmächtig unter dem 25. Juli 1853 die Geſchäfte durch Ueberweiſung und Differenzzahlung abgewickelt. Nach den Beſtimmungen der §§. 231 und 234 ff., I, 13. A. L.-R. kann Kläger nur inſoweit aus ſeiner Geſchäftsführung ohne Auftrag Entſchädigung vom Verklagten verlangen, als er demſelben einen ihm verſchafften Vortheil nachweiſt oder darthut, daß er die Differenzzahlung zur Abwendung eines den Verklagten bedrohenden Schadens geleiſtet hat. In dieſer Weiſe iſt die Forderung des Klägers aber gar nicht ſubſtantiirt und kann ohne jenen Nachweis um ſo weniger die Verſchaffung eines Vortheils für den Verklagten angenommen werden, als Kläger die Regulirung der in Rede ſtehenden Geſchäfte noch vor dem Stichtage vorgenommen haben will.“

Das daſige Kammergericht hat in ſeinem Urtel vom 17 Juli 1857 (in Betreff des erſten und fünften Geſchäftes) ausgeführt:

„Der Verklagte beauftragte den Kläger am 23. Mai 1853, ſein ganzes Quantum bis 50 Thlr. zu decken, d. h. 1250 Scheffel p. Wispel zu 50 Thlr. anzukaufen, um damit den an G.

verkauften Roggen zu decken. Am 23. Mai 1853 kaufte Kläger dieſe Quantität zu 52 Thlr. pro Wispel von Z. und R., Ende Juli ejusd. a. zu liefern. Verklagter genehmigte dieſen Preis, erklärte aber ſchon am 25. Mai ejusd. a., daß der verkaufte Roggen nicht mit dem gekauften Roggen gedeckt werden ſolle, daß vielmehr beide Geſchäfte als getrennte betrachtet werden ſollten, und daß er dem Kläger zur Deckung der Differenz reſp. zu ſeiner Sicherung einen weiteren Wechſel von 800 Thlrn. geben werde. Durch dieſe Erklärung war alſo jedenfalls der frühere Auftrag, den verkauften Roggen mit dem gekauften zu decken, widerrufen, ſodaß der Kläger auftragswidrig handelte, wenn er gleichwohl am 25. Juli 1853 die Deckung vornahm und angeblich eine Differenz herauszahlte. Kläger war vielmehr nach §. 164, I, 13. A. L.-R. verbunden, dem Verklagten unter Aushändigung der Schlußſcheine die weitere Verfügung zu überlaſſen. Er hat aber jene nicht nur verweigert, und den Verklagten dadurch gehindert, über den gekauften Roggen, deſſen Preiſe im Steigen blieben, in einer für ihn günſtigen Weiſe zu verfügen; ſondern auch den Auftrag des Verklagten, weiter zu verkaufen, unausgeführt gelaſſen. Unter dieſen Umſtänden läßt ſich nicht annehmen, daß der Kläger durch die erſt am 25. Juli 1853 vorgenommene Operation einen ſonſt unvermeidlichen Schaden von dem Verklagten abgewendet habe."

Das Ober-Tribunal zu Berlin äußert ſich dagegen in ſeinem Urtel vom 4. Mai 1858 wie folgt:

„Die Abweiſung des Klägers mit den Ausgleichungsbeträgen iſt hauptſächlich dadurch motivirt, daß er zur Deckung des verkauften Roggens durch Ueberweiſung des gekauften Roggens an die früheren Käufer und Zahlung der Preisdifferenzen nicht befugt geweſen ſei, weil der Verklagte ihm

zwar am 23. Mai 1853 zu Deckungsankäufen für sein ganzes, bereits verkauftes Roggenquantum Auftrag ertheilt, diesen Auftrag aber bereits am 25. Mai dahin widerrufen habe, daß der verkaufte Roggen durch den gekauften nicht gedeckt, vielmehr die bereits erfolgten Verkäufe und Ankäufe als getrennte Geschäfte angesehen werden sollten. Hierdurch hat jedoch der Appellationsrichter zunächst

a) den §. 164, I, 13. A. L.-R. auf ein Rechtsverhältniß angewendet, für welches er nicht gegeben ist. Nach diesem Gesetze muß sich allerdings der Bevollmächtigte, sobald ihm der Widerruf des Machtgebers bekannt geworden, der Fortsetzung des Geschäftes enthalten und solche dem Machtgeber überlassen. Diese Vorschrift ist aber auf das Verhältniß des kaufmännischen Commissionärs zum Committenten nicht ohne Weiteres anwendbar. Der kaufmännische Commissionär muß (?) behufs der Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte gegen Dritte in eigenem Namen Verpflichtungen übernehmen. Hat er daher auf seine Gefahr (?) einen frühern Auftrag ausgeführt, und einen spätern Auftrag nur zu einem bestimmten Zweck, welcher sein Risico aus dem frühern Auftrage zu vermindern geeignet ist, übernommen; so kann der Committent, nachdem auch der spätere Auftrag ausgeführt ist, dessen früher ausdrücklich bezeichneten Zweck nicht mehr willkürlich ändern. Dieser Fall liegt hier vor. Der Kläger hatte, nachdem er am 18. und 29. März, 18. und 19. Mai 1853 vier Mal 50 Wispel Roggen zwar im Auftrage und für Rechnung des Verklagten, aber doch auf eigenen Namen und eigene Gefahr, auf künftige Lieferung verkauft hatte, das wesentlichste Interesse dabei, ob die Ankäufe, welche der Verklagte ihm am 23. Mai übertrug, zur Deckung jener Verkäufe dienen sollten oder nicht. Im erstern Falle änderte sich durch die Annahme der Ankaufscommission in

der Höhe des bereits von ihm übernommenen Risicos nichts, weil er durch die gegen die Verkäufer einzugehende Verpflichtung zugleich die Mittel zur Befriedigung der frühern Käufer gewann, indem er ihnen den den Verkäufern abzunehmenden Roggen überweisen konnte. Sollten dagegen die neuen Ankäufe nicht zur Deckung der früheren Verkäufe dienen, so blieb der Kläger in Betreff der Mittel zur Erfüllung seiner früheren Verbindlichkeit als Verkäufer nach wie vor auf den Verklagten angewiesen und übernahm noch außerdem neue Verpflichtungen als Käufer. Die Modalität der Ankaufscommission vom 23. Mai, nach welcher der vom Kläger anzukaufende Roggen zur Deckung des früher von ihm verkauften Roggens dienen sollte, bildete daher für den Kläger eine wesentliche Bedingung der Annahme des Auftrags, an welcher, nachdem der Kläger den Auftrag am 23. und 24. Mai ausgeführt und dadurch neue Verbindlichkeiten für den Verklagten übernommen hatte, der Verklagte einseitig nichts mehr ändern durfte. War aber hiernach die spätere Erklärung des Verklagten: die in seinem Auftrage erfolgten Ankäufe nicht als Deckungsankäufe ansehen zu wollen, für den Kläger nicht verpflichtend, so hat der Apellationsrichter auch

b) die §§. 82 und 65, I, 13. L.-R. verletzt, indem er den Kläger für nicht befugt erachtet, den nach der Ankaufscommission vom 23. Mai zur Deckung der frühern Verkäufe bestimmten Roggen zu diesem Zwecke zu verwenden, und zugleich, so weit diese Naturalerfüllung zu seiner vollständigen Schuldbefreiung nicht genügte, die Differenz zwischen den niedrigeren Verkaufs- und den höheren Ankaufspreisen für Rechnung des Verklagten zu veranlagen. Denn nach §. 82 l. c. ist der Machtgeber verpflichtet, den Bevollmächtigten von allen bei Ausrichtung des Geschäfts gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, womit

die Bestimmungen im §. 70 und 65 zusammenhängen, wonach der Bevollmächtigte noch vor Beendigung des Geschäfts Vorschuß und zu allen Zeiten die Erstattung seiner hierdurch nicht gedeckten Auslagen zu fordern hat. Daß nun der Kläger zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus den Verkaufsaufträgen mit anderen Mitteln, als mit dem in Folge der Deckungsankäufe zu erwartenden Roggen und zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Ankaufsaufträgen mit anderen Geldmitteln als den für den verkauften Roggen zu erwartenden niedrigeren Kaufgeldern vom Verklagten versehen gewesen sei, hat dieser selbst nicht behauptet. Der Kläger war daher allerdings berechtigt, den Natural-Roggen für seinen Zweck (zur Deckung der früheren Verkäufe) zu verwenden, und zu dem dafür erhaltenen niedrigeren Kaufgelde für Rechnung des Verklagten so viel zuzulegen, als erforderlich war, um die Verkäufer des angekauften Roggens wegen ihres höheren Kaufgeldes vollständig zu befriedigen. In Betreff derjenigen Roggenposten, bei denen er dies erst am letzten Lieferungs- und resp. Abnahmetage gethan hat, unterliegt diese seine Befugniß nicht dem geringsten Zweifel. Aber auch bei dem ersten Geschäft war dasselbe Verfahren schon am 25. Juli 1853 gerechtfertigt, weil Z. und R. als Verkäufer der ihnen an diesem Tage abgenommenen 50 Wispel den Roggen nach ihrer Wahl an jedem Tage des Juni oder Juli zu liefern befugt waren und ihn zur Abnahme gekündigt hatten, der Kläger aber zur Bezahlung des Kaufgeldes vom Verklagten mit keinen Geldmitteln versehen war, er mithin nur in dem Kaufgelde für die ihm von S. spätestens am 31. Juli zu liefernden 50 Wispel die Zahlungsmittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegen Z. und R. wenigstens in so weit finden konnte, daß es nur noch eines baaren Zuschusses von 393 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. bedurfte."

Die Deduction des Ober-Tribunals beruht zunächſt auf dem Satze: daß der Committent, welcher durch einen kaufmänniſchen Commiſſionär einen Lieferungs-Verkauf als Speculationsgeſchäft hat abſchließen laſſen und demnächſt durch den nämlichen Commiſſionär einen Lieferungsankauf erklärtermaßen als Realiſirungsgeſchäft vornehmen läßt, nicht befugt ſei, ſpäter den Ankauf nicht als Realiſirungsgeſchäft zu betrachten und anderweit über die angekaufte Waaren zu disponiren, vielmehr die Verwendung dieſer Waare zur Natural-Erfüllung des Verkaufsgeſchäfts durch den Commiſſionär unbedingt geſchehen laſſen müſſe. Dieſe Lehre iſt funkelnagelneu und dürfte ſchwerlich in der Juriſten- oder Handelswelt Anklang finden. Rein vom juriſtiſchen Standpunkte aus betrachtet, iſt es aller Rechtstheorie zuwider, daß Jemand blos dadurch, daß er den Endzweck, zu welchem er ein Rechtsgeſchäft vornehmen läßt, ausſpricht, an dieſen Endzweck unabänderlich gebunden ſein ſoll. Etwas Anderes wäre es, wenn der mit dem Abſchluſſe des Geſchäftes Beauftragte ausdrücklich aus der Erfüllung jenes Endzwecks eine Bedingung für die Ausführung des Auftrages machte und der Committent ſich hiermit einverſtanden zeigte. Das bloße Stillſchweigen des Commiſſionärs zu dem erklärten Endzwecke des Auftrags, verbunden mit der Ausführung des Auftrags, kann aber doch unmöglich ſo ausgelegt werden, als habe der Commiſſionär nur unter der Bedingung der Erfüllung des Endzwecks die Ausführung übernommen, und die bloße Erklärung des Endzwecks Seitens des Committenten iſt doch ohne Zweifel nicht dahin zu interpretiren, daß der Committent nur unter der Bedingung, daß jener Endzweck erfüllt werde, dem Commiſſionär die Ausführung des Auftrags zugemuthet habe. Dieſe an ſich ganz unjuriſtiſche Auslegung ſoll indeß nach der Meinung des Ober-Tribunals durch factiſche Verhältniſſe gerechtfertigt werden, nämlich durch den Umſtand, daß der erklärte Endzweck dazu diene, das Riſico des Commiſſionärs aus dem frühern Auftrage zu ver-

mindern. Es muß hier zunächſt bemerkt werden, daß die Erklärung des Committenten: er wolle das verkaufte Quantum decken und beauftrage zu dieſem Zweck den Commiſſionär, ein entſprechendes Quantum einzukaufen, lediglich den Sinn hat, der Committent wolle ſich einem ferneren Riſico rückſichtlich des Fallens oder Steigens der Preiſe nicht mehr ausſetzen, keineswegs aber die Bedeutung: das Riſico des Commiſſionärs, welches in einer etwaigen Unſicherheit des Committenten beſtehen könne, ſolle verringert werden. Es iſt ſchon deshalb nicht abzuſehen, wie der Committent durch jene Erklärung, bei der gar nicht das Intereſſe des Commiſſionärs in's Spiel gekommen iſt, wegen des Intereſſe des Commiſſionärs gehindert ſein ſoll, ſeinen kundgegebenen Entſchluß, auf das Steigen oder Fallen der Preiſe nicht ferner ſpeculiren zu wollen, wieder aufzugeben und von Neuem zu ſpeculiren. Wie ſoll der Commiſſionär, der freiwillig eine gewiſſe Gefahr auf ſich genommen hat, zu der Befugniß gelangen, aus einer zufälligen, nur das Intereſſe des Committenten berührenden Erklärung des Letzteren plötzlich ein Mittel zur Verringerung jener Gefahr zu machen. In der That pflegen auch die kaufmänniſchen Commiſſionäre die Deckungsaufträge aus einem andern Geſichtspunkte zu betrachten. Ehe ſie einen Verkaufsauftrag acceptiren, haben ſie die Zahlungsfähigkeit des Committenten und die mögliche Größe der Verpflichtungen, welche ſie für denſelben übernehmen, hinreichend geprüft, und gefunden, daß ſie eben keine Gefahr laufen, ſich auch wohl, wie im vorliegenden Falle, die prompte Erſtattung ihrer Auslagen durch Wechſel des Committenten geſichert. Es iſt ihnen deshalb ganz einerlei, ob der Committent ihnen Deckungsaufträge giebt oder nicht. Wäre dies aber auch nicht der Fall, ſo würden doch die Commiſſionäre immer nur unter Umſtänden ein Intereſſe daran haben, daß die ihnen ertheilten Deckungsaufträge fortdauernd als ſolche behandelt werden. Wenn z. B. nach ausgeführter Einkaufscommiſſion, welche zum

Zwecke der Deckung eines für den Committenten verkauften Quantums ertheilt worden war, die Conjuncturen sich so gestalten, daß ein fortdauerndes Sinken der Preise mit Sicherheit zu erwarten ist, so wird sich der Commissionär gewiß nicht für gefährdet halten können, wenn der Committent das eingekaufte Quantum nicht zur Natural-Erfüllung des Verkaufs aufspart, sondern zu einem noch möglichst hohen Preise wieder losschlägt. Es ist also eine ganz willkürliche und ungerechtfertigte Supposition, wenn das Ober-Tribunal schlechthin bei jedem einen sog. Deckungsauftrag vollziehenden Commissionär ein Interesse voraussetzt, das sog. Deckungsgeschäft nur als solches einzugehen. Ferner meint das Ober-Tribunal: der Verklagte habe doch den Kläger in den Stand setzen müssen, die für ihn abgeschlossenen Verkäufe durch Natural-Erfüllung und die Einkäufe durch Baarzahlung des ganzen Kaufpreises abzuwickeln. Dieser Verpflichtung sei der Verklagte nicht nachgekommen und der Kläger also auch aus diesem Grunde zu dem eingeschlagenen Verfahren, namentlich selbst dazu befugt gewesen, den am 23. Juli 1853 empfangenen Roggen schon vor dem Stichtage zur Befriedigung des einen Abkäufers zu verwenden. Denn wo anders als in dem von diesem Abkäufer zu zahlenden Preise habe der Kläger die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegen den Verkäufer erforderlichen Geldmittel finden können? Das Ober-Tribunal übersieht bei dieser ganzen Deduction einen einzigen kleinen Umstand, nämlich den Inhalt der bei den Acten befindlichen Mäklerschlußscheine. Nach diesen Mäklerschlußscheinen, mittelst welcher der Kläger die Ein- und Verkäufe für den Verklagten vorgenommen hatte, war der Kläger, also auch sein Machtgeber, der Verklagte, befugt: den von dem Dritten offerirten Roggen zurückzuweisen, resp. den von dem Dritten gekauften Roggen nicht in natura zu liefern, und den Dritten blos zu entschädigen. Woher sollte also eine Verpflichtung des Verklagten kommen, den Kläger zur

Naturallieferung, resp. zur Berichtigung des ganzen Kaufpreises in den Stand zu setzen? Weshalb mußte Kläger den ihm angeblich am 22. Juli 1853 von Z. und R. gekündigten Roggen wirklich annehmen? Wenn es aber dem Kläger, auch unbeschadet seiner kaufmännischen Ehre, durchaus erlaubt war, die Annahme des gekündigten Roggens zu verweigern und die Zahlung des Kaufpreises zu unterlassen, so brauchte er offenbar zum Zweck der Kaufgeldzahlung keine Geldmittel. Er konnte und mußte abwarten, ob Z. und R. wegen Nichtabnahme Protest würden erheben und am Tage nach der Protesterhebung den zurückgewiesenen Roggen durch einen vereideten Mäkler würden anderweitig verkaufen lassen, und ob hierbei eine Differenz zwischen dem von ihm versprochenen und dem bei dem anderweitigen Verkaufe erzielten Preise sich herausstellen werde. Nur diese Differenz hatte Kläger zu zahlen. Daß dieselbe aber größer gewesen sein würde, als die vom Kläger angeblich an Z. und R. berichtigte Differenz zwischen dem von dem Abkäufer G. gezahlten Kaufgelde und dem den Verkäufern Z. und R. zugesicherten, hat Kläger selbst nicht einmal behauptet. Es war sogar möglich, daß der Kläger, wenn er den von Z. und R. verkauften Roggen nicht annahm und den von G. gekauften Roggen nicht lieferte, überhaupt keine Differenz zu zahlen brauchte. Nehmen wir z. B. an, der Börsenpreis des Roggens betrug am 22. und 23. Juli des gedachten Jahres 52½ Thlr., am 31. Juli und 1. Aug. 43 Thlr. pro Wispel, Z. und R. ließen aber am 23. Juli, dem Tage nach der Kündigung und Protesterhebung, ihren Roggen anderweitig verkaufen, so hatte Kläger, der weder von Z. und R. abnahm, noch an G. lieferte, an keinen von allen Dreien eine Differenz zu zahlen. Trotz dieser Möglichkeit soll der Kläger selbst ohne den Nachweis, daß die von ihm vorgezogene Natural-Erfüllung für den Verklagten vortheilhafter gewesen sei, als eine eventuelle Entschädigung des Dritten, nach der Meinung des

Ober-Tribunals befugt sein, von dem Verklagten die Erstattung der Differenz zwischen dem Ein- und Verkaufspreise zu verlangen!

§. 24. Beweislast in Bezug auf die Abwickelung der Geschäfte.

Fünfte Frage. Liegt dem K. der Nachweis ob, daß er gerade das für den Rentier F. angekaufte Getreide zur Natural-Erfüllung der dem Rentier F. als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten verwendet und daß er die beanspruchte Differenzsumme wirklich verauslagt hat?

Die bejahende Antwort dieser gleichfalls nur eventuellen Frage kann bei Festhaltung des Standpunktes, daß der Kläger dem Verklagten als bloßer Mandatar, beziehungsweise als bloßer Geschäftsführer ohne Auftrag gegenübersteht, kaum zweifelhaft sein.

Was insbesondere die erste in die Frage aufgenommene Thatsache, daß Kläger gerade das für den Rentier F. angekaufte Getreide zur Natural-Erfüllung der dem Rentier F. als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten verwendet habe, betrifft, so gehört auch sie zum Fundamente der Klage.

Hätte z. B. Kläger zwar die beanspruchten Differenzsummen an die resp. Verkäufer gezahlt, den von ihnen zu liefernden Roggen jedoch nicht abgenommen und nicht den Käufern überwiesen, so würde der Kläger seinen Anspruch auf Erstattung der Differenzsummen ganz anders haben substantiiren, nämlich auf die Behauptung gründen müssen, daß die Verkäufer den nicht abgenommenen Roggen nach rechtzeitig erhobenem Proteste anderweitig am folgenden Tage durch einen vereideten Mäkler verkauft hätten und daß der hierbei erzielte Erlös von dem ihnen zugesicherten Kaufpreise um jene Differenzsummen überstiegen worden sei. Denn der Kläger würde, wenn er ohne Abnahme des Roggens und ohne daß die Bestimmungen der Schlußscheine von den resp.

Verkäufern beobachtet worden, an Letztere eine Differenz gezahlt hätte, offenbar nicht berechtigt sein, sich an den Verklagten zu regreſſiren. Dieſer hatte ja in ſeiner Correſpondenz mit dem Kläger unter deſſen Zuſtimmung ausdrücklich erklärt, daß er nur nach Maßgabe der Berliner Börſen-Uſancen und den Beſtimmungen der Mäklerſchlußſcheine liefern und empfangen, alſo Verpflichtungen übernehmen wolle, und dieſe Erklärung konnte der Kläger doch nicht dadurch unwirkſam machen, daß er mit Umgehung der Schlußſchein-Beſtimmungen an Dritte Zahlung leiſtete.

Wenn ferner der Kläger zwar die Differenzſummen, deren Erſtattung er fordert, an die reſp. Verkäufer wirklich gezahlt, auch den von Letzteren zu liefernden Roggen abgenommen, jedoch nicht zur Befriedigung der Käufer verwendet hätte, ſo würde der Klageanſpruch gleichfalls entweder unbegründet oder doch anders, als geſchehen, zu begründen geweſen ſein Nahm z. B. der Kläger den ihm von J. und R. am 22. Juli 1853 gekündigten Roggen gegen Zahlung von 52 Thlr. an und ſchlug denſelben am 23. Juli für 51 Thaler los, kaufte aber am 30. Juli ein gleiches Quantum zum Preiſe von 42 Thlr. und lieferte ſelbiges gegen Empfang von 44⅛ Thaler ultimo Juli an G., ſo büßte er bei der Abwickelung der für den Verklagten geſchloſſenen Geſchäfte nicht nur nichts ein, ſondern machte dabei noch einen Gewinn.

Es iſt alſo für die Beurtheilung des vom Kläger geltend gemachten Erſatz-Anſpruches keineswegs gleichgültig, ob der Kläger in der That das für den Verklagten angekaufte Getreide an die Abkäufer des Verklagten geliefert hat. Die desfallſige Behauptung muß Kläger beweiſen und die vielleicht jetzt vorhandene Schwierigkeit einer ſolchen Beweisführung kann den Kläger von der Pflicht zu Letzterer um ſo weniger befreien, als er ja in der Lage war, ſich den Beweis jener Behauptung zu ſichern.

Das Berliner Stadtgericht hat denn auch in ſeinem Urtel vom 15. Januar 1857 dieſer Anſicht wenigſtens in ſo fern Rechnung getragen, als es (bei dem zweiten Geſchäft) dem Kläger auch darüber einen Eid auferlegt hat,

> daß er ultimo Juni 1853 die ihm von B. zur Abnahme angekündigten 50 Wispel Roggen an den Kaufmann S. geliefert habe.

Das Ober-Tribunal hat dagegen in ſeinem Erkenntniſſe vom 4. Mai 1858 die Eidesnorm (bei dem dritten und vierten Geſchäfte) lediglich darauf beſchränkt,

> „daß Kläger behufs Erfüllung der am 19. Mai 1853 mit S. und am 24. Mai 1853 mit B. über je 1250 Scheffel Roggen abgeſchloſſenen Kaufverträge an Letzteren 225 Thlr. gezahlt habe",
>
> „daß er ferner zur Erfüllung der am 18. Mai 1853 mit M. und am 23. Mai 1853 mit B. über je 50 Wispel Roggen abgeſchloſſenen Kaufverträge an B. 200 Thlr. gezahlt habe".

Dieſe Eidesnorm ſteht übrigens mit dem Klagevortrage ſelbſt in einem gewiſſen, wenigſtens ſcheinbaren Widerſpruche; denn nach ſeinen eigenen Angaben hat Kläger die an B. berichtigten Summen als einen Theil des nur dem B. gebührenden Kaufgeldes, alſo lediglich zur Erfüllung der mit B. abgeſchloſſenen Kaufverträge, nicht auch zur Realiſirung der mit S. und M. contrahirten Geſchäfte gezahlt. Dieſer Widerſpruch läßt ſich nur durch eine ſehr gekünſtelte Auffaſſung der vom Kläger vorgenommenen Operationen beheben, indem man nämlich ſo deduzirt: der Kläger habe, um die mit S. und M. abgeſchloſſenen Verkäufe durch Ueberweiſung des von B. zu liefernden Roggens erfüllen zu können, an B. die gedachten Differenzſummen zahlen müſſen; alſo ſei die Zahlung derſelben wenigſtens indirect auch behufs Erfüllung der mit S. und M. contrahirten Geſchäfte erfolgt.

§. 25. Wiederverkauf des angekauften Roggens.

Sechste Frage. War der K. befugt, die vom Rentier F angekaufte, im Juli oder August 1853 zu liefernde Roggenpost wieder zu verkaufen und zwar in der angeblich von ihm beliebten Weise?

Das Stadtgericht hat in seinem Erkenntnisse vom 15. Jan. 1857 den ersten Theil der Frage verneint,

„weil der Kläger nicht nachgewiesen habe, daß der Fall vorgelegen, in welchem Verklagter zur besondern Sicherstellung verpflichtet gewesen, ferner nicht dargethan habe, daß der Verklagte zur Erlegung eines Angeldes von 4 Thlr. pro Wispel sich speziell verbindlich gemacht."

Der Kläger hat bei diesem Punkte eine Berufung gegen das erste Urtel nicht eingelegt.

Die stadtgerichtliche Entscheidung geht offenbar von der Ansicht aus: im Allgemeinen könne der Commissionär nicht für befugt erachtet werden, bei ausbleibender Deckung über die für den Committenten angekauften Waaren anderweit zu verfügen; im vorliegenden Falle sei jedoch dem Commissionär Seitens des Committenten generell die Befugniß beigelegt worden, wenn Letzterer, nachdem der Betrag der dem Ersteren gegebenen Wechsel vor der Abwickelung der Geschäfte durch die Differenz zwischen den stipulirten und den Börsenpreisen absorbirt sei, keine neuen Wechsel dem Commissionär zustelle, die angekauften Waaren aus freier Hand wieder zu verkaufen.

Die Richtigkeit des ersten Theiles jener Ansicht kann nach Preuß. Recht ebenso wenig, wie nach Oesterreichischem oder Deutschem gemeinen Rechte bezweifelt werden. In Bezug auf Letzteres bemerkte z. B. Treitschke S. 51: „Der Einkaufscommissionär ist eben daher nicht befugt, die Einsendung der eingekauften Waare etwa bis zur Acceptation der Tratten, die er wegen sei-

ner Auslage auf den Committenten gezogen oder dieſer ihm zur Deckung eingeſchickt hat, oder gar bis zur wirklichen Zahlung aufzuſchieben; er hätte ſich denn ausdrücklich bedungen, die Waare bis zu ſeiner Befriedigung in ſeinen Händen oder etwa unter einem Spediteur am Orte des Committenten zu halten. Auch dann aber iſt er, dafern nicht ausdrückliche Verpfändung dazu kommt, nicht befugt, ſie zu ſeiner Deckung zu verkaufen."

Was den zweiten Theil der ſtadtgerichtlichen Anſicht betrifft, ſo dürfte, ſelbſt wenn man annimmt, der Verklagte habe dem Kläger für den Fall ausbleibender Deckung die gedachte Befugniß generell beigelegt, hierin doch noch nicht die Erlaubniß zu finden ſein, ohne Zuziehung eines vereideten Mäklers zu verkaufen.

§. 26. Reſultate der Beweisaufnahme.

Siebente Frage. Iſt dem K. der Nachweis gelungen: a) daß er wirklich an dritte Perſonen verkauft, reſp. von ihnen gekauft hat, b) daß dieſe mit den dritten Perſonen geſchloſſenen Verträge wirklich für Rechnung des Rentier F. contrahirt worden ſind, und c) daß er wirklich das für den Rentier F. angekaufte Getreide zur (Natural-) Erfüllung der dem Rentier F. als Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten verwendet, auch d) die angeblichen Differenzſummen wirklich bezahlt habe?

Die Behauptung zu a iſt

aa) bei dem erſten Geſchäfte von Einem Zeugen inſofern beſtätigt worden, als ſich derſelbe „aus ſeinen Handlungsbüchern" „überzeugt" haben will, daß K. mittelſt Schlußſcheines vom 18. März 1853 an ihn 50 Wispel zum Preiſe von 44⅛ Thlr. pro Wispel per Juni, Juli verkauft habe. Dieſe aus den Handlungsbüchern gewonnene

Ueberzeugung iſt jedoch nicht eben hoch anzuſchlagen, da die gedachten Bücher nicht einmal darüber Auskunft geben, ob die Lieferung wirklich erfolgt ſei!

bb) bei dem zweiten Geſchäfte von Einem Zeugen bekundet;

cc) bei dem dritten Geſchäfte desgleichen;

dd) bei dem vierten Geſchäfte desgleichen;

ee) bei dem fünften Geſchäfte und zwar bei den Poſten a, b, d und e desgleichen;

ff) bei dem fünften Geſchäfte in Betreff der Poſt c von zwei Zeugen beſtätigt.

Das Ober-Tribunal hat jedoch in ſeinem Urtel vom 4. Mai 1858 jene Behauptung durchweg für vollſtändig erwieſen angenommen.

Die Behauptung zu b iſt gar nicht in's Licht geſetzt worden; ihre Richtigkeit ſoll nach jenem Ober-Tribunals-Urtel keines weiteren Beweiſes bedürfen (§. 22) und zwar auch bei dem dritten und vierten Geſchäfte, obgleich bei dem dritten Geſchäfte dem Verklagten ein anderer Tag des Abſchluſſes und ein niedrigerer Verkaufspreis, und bei dem vierten Geſchäfte ein höherer Verkaufspreis, als der in der Klage angegebene, vom Kläger angezeigt worden war; denn, was das dritte Geſchäft anlange, ſo ſei ja das vom Verklagten geſtellte Limito durch das wirklich abgeſchloſſene Geſchäft noch mehr als durch das angezeigte zu des Verklagten Gunſten überſchritten, und was das vierte Geſchäft betreffe, ſo ſei ja die Differenz von $\frac{1}{8}$ Thlr. dem Verklagten unſchädlich geblieben. Dies ſoll ein Grund für die Annahme ſein, daß die in Wahrheit abgeſchloſſenen Geſchäfte mit den dem Verklagten angezeigten identiſch, alſo wirklich für Rechnung des Verklagten abgeſchloſſen ſeien!

Die Behauptung zu c iſt von keinem einzigen Zeugen beſtätigt worden; ja, bei einzelnen Geſchäften (dem 1., 3., 4., 5. a und d) iſt nicht einmal die Erfüllung überhaupt conſtatirt worden.

Die Behauptung zu d ist

aa) rücksichtlich der Differenzsumme von 393 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. (§. 9.),

von keinem Zeugen bestätigt;

bb) rücksichtlich der Differenzsumme von 375 Thlr. (§. 10.),

cc) rücksichtlich der Differenzsumme von 225 Thlr. (§. 11.) und

dd) rücksichtlich der Differenzsumme von 200 Thlr. (§. 12.)

nur so weit in's Licht gesetzt, daß je ein Zeuge bekundet hat: er wisse zwar, daß Kläger eine Differenz gezahlt habe, jedoch nicht deren Größe.

Es ist also für die Behauptung zu d auch bei den Differenzsummen sub bb bis dd nicht einmal ein halber Beweis erbracht; dennoch hat hier das Ober-Tribunal den Kläger zum Erfüllungseide verstattet, da nur der Kläger de veritate schwören könne. Das heißt denn doch von der Vorschrift des §. 24 Tit. 13. Proz.-Ord.

> „Sollte es an andern Gründen ermangeln, wodurch die Urtelsfasser bestimmt werden könnten, welcher Partei die Eidesleistung zu verstatten sei, so muß darauf gesehen werden, ob eine derselben nur de veritate, die andere hingegen nur de ignorantia würde schwören können, welchenfalls die Erstere zur Eidesleistung zuzulassen ist" —

einen etwas weiten Gebrauch machen. Die Angaben der Zeugen: „daß ihnen überhaupt eine Differenz gezahlt worden sei" verliert überdies an Bedeutung durch den Umstand, daß dieselben die Größe der gezahlten Differenz nicht mehr wissen und doch Kaufleute sind, also Handlungsbücher besitzen, in welche — so sollte man annehmen — sie die Höhe der vom Kläger gezahlten Differenz eingetragen haben würden, wenn überhaupt eine Differenzzahlung erfolgt wäre.

§. 27. Schlußwort.

Die in den §§. 20 — 25 ventilirten Rechtsfragen ſind in einer mehr oder weniger modificirten Geſtalt Gegenſtand folgengender, bereits veröffentlichter Entſcheidungen des höchſten Preußiſchen Gerichtshofes geweſen: vom 2. Nov. 1849 (Striethorſt's Arch. für Rechtsf. Bd. 1. S. 5), vom 22. Febr. 1850 (Entſch. Bd. 19. S. 185), vom 17. Mai 1850 (Striethorſt, Bd. 1. S. 10.), vom 14. Juni 1850 (Striethorſt, Bd. 1. S. 12), vom 20. März 1851 (Striethorſt, Bd. 1. S. 18), vom 10. Februar 1853 (Striethorſt, Bd. 8. S. 300), vom 20. Dec. 1855 (Entſch. Bd. 33. S. 346) und vom 3. Sept. 1857 (Striethorſt, Bd. 27. S. 3.) Die Praxis des Ober-Tribunals neigte ſich früher einmal der von uns geltend gemachten Auffaſſung zu (vergl. z. B. das Präj. vom 2. Nov. 1849); in den letzten Jahren hat ſie jedoch an den entgegengeſetzten Principien durchweg feſtgehalten. Wir fanden in dieſem Umſtande einen Grund mehr, eine Beleuchtung des im zweiten Theile unſerer Schrift mitgetheilten Rechtsfalles zu verſuchen.

Druck von J. S. Waſſermann in Leipzig.

Inhalt.

Erſter Theil.

Theorie des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes.

Seite

Erſtes Capitel. Literatur 3

Zweites Capitel. Begriff und Natur des kaufmänniſchen Commiſſionsgeſchäftes 5

Drittes Capitel. Erörterung einzelner Streitfragen 22

Viertes Capitel. Die projectirten geſetzlichen Beſtimmungen über das kaufmänniſche Commiſſionsgeſchäft 39

Zweiter Theil.

Ein Rechtsfall aus dem Gebiete der kaufmänniſchen Commiſſion.

Erſter Abſchnitt. Unſtreitige Thatſachen 75

Zweiter Abſchnitt. Streitige Thatſachen 83

Dritter Abſchnitt. Reſultate der Beweisaufnahme 87

Vierter Abſchnitt. Rechtsfragen 91

In der **Reichenbach'schen Buchhandlung** in **Leipzig** ist ferner erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Buddeus, J. C. J., Regier.- und Consist.-Rath, und Arthur Buddeus, Ger.-Dir. u. Advoc., deutsches Anwaltbuch. Ein Handbuch zur auswärtigen Proceßführung in allen deutschen Landen, nebst Verzeichnissen sämmtl. Sachwalter in Deutschland. 2. Ausgabe. Mit Vervollständigungen aus dem Nachlasse der Verfasser. gr. 8. 1 Thlr. 15 Sgr.

Pfotenhauer, Dr. C. E., Der Einfluß des factischen Irrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vorsätzlich verübter Verbrechen, nach allgemeinen Principien, nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechtes und unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen und Gesetzentwürfe. 1. u. 2. Abtheilg. gr. 8. 1 Thlr. 25 Sgr.

I. Abth. enthält: Die versuchten Verbrechen. 1 Thlr. 5 Sgr.

II. Abth. enthält: Die vollendeten Verbrechen. 20 Sgr.

Sickel, Advocat R., Repertorium über die in den Jahren 1802 bis mit 1834 erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen. 2 Bde. (Mit einem Vorworte von K. F. Günther.) gr. 8. (47¾ B.) 1835. 3 Thlr.

SECRÉTAIRE UNIVERSEL.

TRAITÉ COMPLET ET GRADUÉ DE
CORRESPONDANCE

A L'USAGE DES ÉCOLES, OU RECUEIL DES MEILLEURES LETTRES PARUES JUSQU'À CE JOUR.

PAR

A. GROS CLAUDE,

Professeur de la langue française.

1re Partie: Pour la jeunesse.
2e Partie: Pour l'âge mûr.
3e Partie: Pour le commerce.

Preis à Band 15 Sgr. = 54 Kr. rhein., auch ist jeder Band einzeln zu haben.

Druck von J. S. Wassermann in Leipzig.